

InDret

Revista para el análisis del derecho

3.25

-
Julio de 2025

Sumario 3.25

Editoriales

-	
<i>El nuevo seguro obligatorio de vehículos personales ligeros</i>	
Carlos Gómez Ligüerre	i-vii
-	
<i>Los comentarios legales como género literario (alemán)</i>	
Jesús-María Silva Sánchez	viii-xi
-	
<i>El renacimiento de la criminología económica</i>	
Jordi Bonshoms	xii-xvi
-	

Derecho privado

-	
<i>Consecuencias civiles al incumplimiento del deber de evaluar la solvencia del consumidor por el prestamista</i>	1-38
<i>O, dónde la dogmática jurídica es útil y dónde no</i>	
Antonio Ruiz Arranz	
-	
<i>Personalidad jurídica e Inteligencia Artificial</i>	
<i>Fundamentos de asimilaciones imposibles</i>	39-66
Marta Pérez Escolar	
-	
<i>Sobre la personificación de la naturaleza</i>	
Andrea Padrón Villalba	67-110
-	
<i>La finalidad concurrencial como requisito de aplicación de la Ley de competencia desleal</i>	111-138
<i>Hacia una interpretación uniforme</i>	
Rafael García Pérez	
-	
<i>La responsabilidad del fabricante en la era de la construcción industrializada</i>	139-171
Pedro Pérez-Caballero Abad	
-	
<i>El valor de las Disposiciones transitorias</i>	
<i>A propósito de lo ordenado en la Disposición final 5ª de la Ley Orgánica 5/2024</i>	172-205
Elena López Barba	
-	
<i>La responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos: análisis de la Directiva (UE) 2024/2853 y una propuesta de lege ferenda de incorporación al Ordenamiento español</i>	206-239

Máximo Juan Pérez García

-

Derecho Penal

-

Cursos causales irregulares y delitos calificados por el resultado

Luis Emilio Rojas A.

240-293

-

Las contribuciones de la toma de decisiones deliberadas al concepto de dolo y a la prueba en torno a las conductas dolosas

Miquel Julià-Pijoan

294-316

-

La inducción al suicidio

En defensa de una interpretación realista del art. 143.1

CP

Oriol Martínez Sanromà

317-366

-

Criminología

-

Indicadores de victimización secundaria en procesos penales por violencia sexual infantil en el contexto Barnahus

Núria Torres-Rosell

África Cruz Jiménez

Patricia Hernández-Hidalgo

Roser Casanova Martí

367-395

-

Breve historia del cine carcelario popular

Eric Cano Cobano

396-429

-

Derecho público y regulatorio

-

Autopsia de la carga de la prueba

Jordi Nieva Fenoll

430-450

-

Personalidad jurídica del Mar Menor y cambio de paradigma interpretativo del medio ambiente: consideraciones críticas de la STC 142/2024

Tomás Vidal Marín

451-486

-

Filtraciones de información judicial reservada: investigación, obstáculos y desafíos en la persecución del delito cometido

487-525

Especial referencia al Reglamento UE 2024/1083 sobre la libertad de los medios de comunicación
Iñaki Riaño Brun

-
Video-recorded interview y prerecorded crossexamination como medidas especiales de protección de los testigos vulnerables víctimas de delitos sexuales en Inglaterra y Gales: Análisis del sistema anglosajón y propuestas de mejora para España
Roser Casanova Martí

526-562

-
Transnational Data Transfers under GDPR: a Look Insight the Latest Agreement with the United States
Briseida Sofía Jiménez-Gómez

563-611

Actualidad

-
Sobre la acción directa en un contrato de transporte internacional por carretera (CMR) entre entidades españolas. Comentario a la STS (sala 1a) 882/2025, de 3 de junio
Tomás Rubio Garrido

612-622

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

623-689

Recensiones

-
ExLibris
Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

690-704

-
Pablo Ruiz Osuna, La personalidad jurídica de los autómatas inteligentes, La Ley, 2025, 530 páginas
Eliseo Sierra Noguero

705-708

-
Ángel Carrasco Perera, Estudios sobre prescripción civil y mercantil, Tecnos, 2025, 230 páginas
Albert Lamarca Marquès

709-719

El nuevo seguro obligatorio de vehículos personales ligeros

-
Según el [Anuario Estadístico General de la Dirección General de Tráfico](#), en el año 2024, último del que existen datos publicados, circulaban por las calles y carreteras de nuestro país un total de 36.241.784 vehículos. La mayor parte de ellos son turismos (25.244.531) y camiones y furgonetas (5.203.435), a los que se suman las motocicletas (4.338.881), los autobuses (67.432) y los tractores industriales (259.417). El Anuario también incluye en el censo de vehículos, aunque no dispongan de motor, a los remolques y semirremolques (554.592) y a una miscelánea categorizada como ‘Otros vehículos’, cuyo número en el año 2024 ascendía a 573.496.

A partir de ahora, habrá que añadir una nueva categoría para contabilizar a los «vehículos personales ligeros». Con esa expresión, la nueva redacción del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, se refiere a buena parte de los que se han venido conociendo como Vehículos de Movilidad Personal (VMP o PMD, por las siglas de la expresión inglesa *Personal Mobility Devices*).

Los VMP son muchos y variados. Lo son las bicicletas de propulsión eléctrica (EPAC, *Electric Power Assisted Cycles*), los monopatines de una rueda (*one-wheel boards*), los de dos ruedas sin manillar (*hoverboards*) o con manillar (*segways*), los e-scooters (con o sin asiento-solo para un ocupante-, con dos, tres o cuatro ruedas) y varias tipologías de ciclos con mayor o menor asistencia mecánica de un motor auxiliar. Todos ellos tienen en común la presencia de motores eléctricos que sustituyen o asisten al usuario y la aureola de la modernidad y sostenibilidad que han de definir la nueva movilidad sostenible en ciudades tradicionalmente antagonistas del medio ambiente y la ecología. La [Resolución de 12 de enero de 2022, de la Dirección General de Tráfico, por la que se aprueba el Manual de características de los vehículos de movilidad personal](#), determina los requisitos técnicos que han de cumplir para su circulación por nuestro país. Entre ellos, la obligatoriedad de que dispongan de una «placa de marcaje» que individualiza para cada VMP su número de serie, su marca, el año de fabricación, el modelo de vehículo y el número de certificado que autoriza su circulación.

La novedad se ha previsto en la [Ley 5/2025, de 24 de julio](#), que se publicó en el Boletín Oficial del Estado del pasado 25 de julio, y que modifica varias normas legales, casi todas ellas relacionadas con el derecho de seguro. Entre ellas, de manera destacada -tanto por la intensidad de la modificación como por su relevancia social- el Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. A partir de ahora, la norma cuenta con un nuevo artículo 1bis que, además de clarificar cuestiones prácticas relevantes sobre lo que haya de considerarse por «hecho de la circulación», define lo que haya de entenderse por «vehículo a motor» en la normativa sobre su circulación y seguro:

1. Se entiende por vehículo a motor:

a) Todo vehículo automóvil accionado exclusivamente mediante una fuerza mecánica que circula por el suelo y que no utiliza una vía férrea, con:

i. una velocidad máxima de fabricación superior a 25 km/h, o

ii. un peso neto máximo superior a 25 kg y una velocidad máxima de fabricación superior a 14 km/h.

b) Todo remolque y semirremolque destinado a ser utilizado con uno de los vehículos a que se refiere la letra a), tanto enganchado como no enganchado.

La letra b) del apartado 2 del precepto excluye los vehículos de apoyo a personas con movilidad reducida, aunque solo cuando hayan sido específicamente diseñados para tal fin («No son vehículos a motor: (...) b) Las sillas de ruedas y otros vehículos motorizados específicos de apoyo a la movilidad de personas con movilidad reducida, que son destinados exclusivamente a tales personas. En todo caso, son vehículos a motor aquellos que cumpliendo la definición hayan sido adaptados para su uso por personas con movilidad reducida»).

Todos los «vehículos a motor» quedan legalmente obligados a suscribir el seguro obligatorio de automóviles (cfr. artículo 2 del Texto Refundido).

Los nuevos umbrales de velocidad y peso dejan fuera de ese concepto de «vehículo a motor» a varios tipos de VMP. En otros casos, la exclusión no viene dada solo por los factores de velocidad y peso, sino por la propia dinámica del vehículo. Las bicicletas eléctricas, cuyo motor asiste al pedaleo del usuario, no se accionan «exclusivamente mediante una fuerza mecánica», por lo que quedan fuera de la definición legal de «vehículo a motor». En todos ellos, la exclusión de esa categoría supone la ausencia de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil por los daños que cause su uso. Así ha sido, de hecho, hasta la fecha. Al menos, con carácter general.

El legislador español, sin embargo, ha querido acabar con las vacilaciones que planteaba esa situación y ha añadido una Disposición adicional primera a la Ley 5/2025 dedicada al «Seguro obligatorio de responsabilidad civil para vehículos personales ligeros que no estén incluidos en el concepto legal de “vehículo a motor”». Tales vehículos son, conforme al segundo apartado de la Disposición:

2. Se consideran vehículos personales ligeros, a efectos del seguro obligatorio de responsabilidad civil, los vehículos que circulan por suelo mediante una o más ruedas, dotados de una única plaza y propulsados exclusivamente por motores eléctricos que pueden

proporcionar al vehículo una velocidad máxima de fabricación entre 6 y 25 km/h, si su peso es inferior a 25 kg, o una velocidad máxima de fabricación entre 6 y 14 km por hora, si su peso es superior a 25 kg. Solo pueden estar equipados con un asiento o sillín si están dotados de sistema de autoequilibrado.

Pero no lo son, conforme al apartado 3 de la Disposición:

3. Se excluyen de la definición de vehículo personal ligero:

a) los vehículos diseñados y fabricados para ser utilizados exclusivamente por las Fuerzas Armadas,

b) los vehículos motorizados o elementos de apoyo a la movilidad y autonomía personal que son destinados exclusivamente para ser utilizados por personas con discapacidad o con movilidad reducida.

c) los ciclos o las bicicletas de pedales con pedaleo asistido equipadas con un motor eléctrico auxiliar de potencia nominal continua máxima inferior o igual a 250 w, cuya potencia disminuya progresivamente y que finalmente se interrumpa antes de que la velocidad del vehículo alcance los 25 km/h o si el ciclista deja de pedalear.

Las bicicletas eléctricas que no son «vehículos a motor» tampoco son, de este modo, «vehículos personales ligeros». Por esa razón, la ley emplea esta denominación, en lugar de la generalmente aceptada de VMP, que incluye a las bicicletas asistidas de motor eléctrico. En todo caso, quedan fuera de la obligación de aseguramiento. Por ellas, las bicicletas eléctricas, o como una medida de prudencia ante la innovación de la industria del sector, el apartado cuarto de la Disposición prevé que el listado de vehículos personales ligeros pueda ampliarse en el futuro:

4. Mediante orden de la persona titular del Ministerio de Economía, Comercio y Empresa previa consulta al Ministerio del Interior, se podrán regular otras inclusiones de vehículos personales ligeros a efectos del seguro obligatorio que cuenten para ello con un certificado de circulación y el adecuado sistema de registro público e identificación.

Esa obligación, que la reforma extiende a los que considera «vehículos personales ligeros», se concreta en la suscripción de un seguro de vehículos. Para todos los que *«puedan circular por contar con un certificado de circulación, estar inscritos en el Registro de Vehículos de la Dirección General de Tráfico y ostentar una etiqueta identificativa con el número de inscripción asignado o, en su caso, matrícula (...)»*. Su titular, como sucede con los vehículos a motor, está obligado a contratarlo *«con la finalidad de garantizar la cobertura de las indemnizaciones por los daños personales y materiales a los perjudicados por accidentes en los que intervengan este tipo de vehículos»*, concreta el primer apartado de la Disposición adicional primera.

El aseguramiento de los vehículos personales ligeros es una buena decisión. Encarecerá su uso, pero mejorará la protección de las víctimas potenciales, en su mayor parte peatones que, cuando salen a la calle, no pueden anticipar qué tipo de vehículo puede causarles daños. Es posible que el encarecimiento tenga algún efecto negativo en términos de sostenibilidad de la movilidad, pero no puede ser sostenible un modelo que asigna todos los costes a las víctimas y exonera por completo de costes a los causantes potenciales.

En el año 2023, último para el que la Dirección General de Tráfico ha publicado su [Anuario Estadístico de Accidentes](#), la mayor parte de los 101.306 accidentes con víctimas que se produjeron en nuestro país tuvieron lugar en vías urbanas (65.976); y aunque la mayor parte de víctimas mortales se causaron en vías interurbanas (1.176), el mayor número de accidentes con heridos (65.473) tuvo lugar en vías urbanas. La normalización de la nueva categoría de «vehículos personales ligeros» ayudará a concretar mejor las estadísticas, pues todavía no aparecen como tales en las tipologías de vehículos involucrados en los siniestros, pero en atención a la creciente presencia de estos vehículos en las calles de todas las ciudades, es intuitivo suponer que en una parte -que puede ser cada vez más relevante- de los accidentes en vías urbanas estuvo o estará involucrado un vehículo personal ligero.

Con todo, la nueva regulación adapta el rigor del seguro a los que habrán parecido ser los daños esperados que puede causar un vehículo de este tipo. Las cuantías de cobertura obligatoria son manifiestamente inferiores a las generales del artículo 4 del Texto Refundido. De acuerdo con el apartado 6 de la Disposición adicional primera de la Ley 5/2025:

c) Los importes de la cobertura del seguro obligatorio serán como mínimo:

i. en los daños a las personas, 6.450.000 euros por siniestro, cualquiera que sea el número de víctimas;

ii. en los daños a los bienes, 1.300.000 euros por siniestro.

A continuación, se prevé la actualización de tales importes:

La persona titular del Ministerio de Economía, Comercio y Empresa está facultada para modificar mediante orden los importes mínimos señalados en los apartados i y ii para adaptarlos a la inflación una vez hayan transcurrido cinco años desde la última modificación.

Y, en todo caso, si el legislador europeo actualizara los importes mínimos de cobertura previstos en el artículo 9 de la Directiva 2009/103, que, tras la reforma de esa norma llevada a cabo por la Directiva 2021/2118, se corresponden con los importes previstos en la Disposición española (cfr. artículo 1.5 de la Directiva 2021/2118):

En su defecto, se considerarán automáticamente actualizados cuando lo hagan los importes indicados en el artículo 9 de la Directiva 2009/103/CE, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad.

El cálculo de los daños personales se hará conforme al Baremo, que la reforma legal actualiza (y respecto del cual se prevén mecanismos de actualización).

La ausencia del seguro lleva aparejadas las sanciones previstas en el artículo 3 del Texto Refundido. Entre ellas, la prohibición de circulación, el depósito y precinto. Aunque las sanciones generales se reducen en este caso a un tercio («Las sanciones pecuniarias que sean de aplicación serán un tercio de las establecidas en el artículo 3.1.c»).

El Consorcio de Compensación de Seguros mantiene respecto de estos vehículos su condición de asegurador de último recurso, aunque solo cubrirá los daños personales en los casos en que el

artículo 11 del Texto Refundido reclama la intervención del Consorcio para la indemnización de las víctimas de accidentes de tráfico. Se excluye la intervención del Consorcio para los daños materiales. Así, la letra f) del apartado 6 de la Disposición adicional primera:

La intervención del Consorcio de Compensación de Seguros regulada en el artículo 11, apartados 1, 3, 4, 5 y 6 de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, se circunscribirá a los daños personales que requieran atención sanitaria, en caso de lesiones, o derivados del fallecimiento de la víctima, que se ocasionen por vehículos personales ligeros, no siendo de aplicación las funciones establecidas en la letra h) del apartado 1 de dicho artículo. Reglamentariamente el Gobierno podrá extender estas funciones a la cobertura de daños materiales, y a los daños causados por la circulación de vehículos personales ligeros utilizados sin cumplir los requisitos legales para circular, sin perjuicio del ejercicio de su derecho de recobro de los importes indemnizados. Para el ejercicio de estas funciones como fondo de garantía, el Consorcio de Compensación de Seguros percibirá los recargos que se determinen mediante resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

El Consorcio de Compensación de Seguros podrá asumir la contratación de la cobertura de los riesgos de los vehículos personales ligeros que, siendo susceptibles de aseguramiento, no sean aceptados por las entidades aseguradoras, en los términos y bajo las condiciones que reglamentariamente se determinen.

Todo para antes de final de año, pues, aunque la Disposición final novena prevé en su segundo apartado que la reforma entra en vigor, con algunas excepciones, el 2 de enero de 2026, la Disposición transitoria de la misma Ley 5/2025 anuncia que:

1. Los vehículos que antes de la entrada en vigor de esta ley no tuviesen la consideración de vehículos a motor y que, de acuerdo con lo previsto en su artículo primero, apartado dos, pasen a ser considerados vehículos a motor, dispondrán del plazo de seis meses, contados a partir del día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», para suscribir el seguro obligatorio de responsabilidad civil de la circulación de vehículos a motor en los términos del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

Hasta la expiración del plazo, los titulares de los vehículos personales ligeros se libran de las sanciones por falta de aseguramiento:

2. Durante el período transitorio no les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 3 del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

Aunque parece que las víctimas de los accidentes que causen podrán reclamar la compensación de sus daños al Consorcio:

3. Hasta que se proceda a la suscripción del seguro obligatorio, tales vehículos serán considerados vehículos a motor no asegurados a efectos de lo previsto en el artículo 11 del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. El Consorcio de Compensación de Seguros solo podrá repetir contra el causante del

daño en caso de que hubiera incurrido en culpa de acuerdo con los artículos 1902 y siguientes del Código civil o en caso de dolo.

Una previsión que anuncia un semestre intenso para los gestores del Consorcio, pues habilita a las víctimas a reclamar la indemnización por los daños, con la única facultad de repetición para los casos de causación dolosa o culposa del accidente; para todo tipo de daños, tanto materiales como personales, y sin especificar los umbrales de cobertura que serán de aplicación en ese período. No parece, en definitiva, la mejor manera de incentivar un aseguramiento privado que urge, como evidencia el interés del legislador en la materia.

Una materia respecto de la que existen todavía dudas. Así lo reconoce el propio legislador cuando presenta el régimen de aseguramiento de la nueva categoría de vehículos como una solución provisional, pendiente de otra que habría de acomodarse mejor a las especialidades de la realidad sobre la que se legisla. Así, en el apartado 6 de la Disposición adicional primera:

6. Los vehículos personales ligeros que circulen por el territorio nacional estarán sujetos, con las adaptaciones necesarias derivadas del tipo de vehículo y su utilización, y en tanto no sean objeto de una regulación específica, al régimen de responsabilidad civil y seguro del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, y del Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre (...)

Para reconocer, a continuación, que es necesario determinar el sistema de registro de estos vehículos, sin el cual resultará imposible constatar su aseguramiento y aplicar las sanciones por su ausencia. En el apartado 7 de la misma Disposición:

7. Reglamentariamente el Consejo de Ministros regulará el registro público de vehículos personales ligeros del Organismo Autónomo Jefatura Central de Tráfico y los medios de identificación obligatorios que permitan su individualización. Esta regulación deberá entrar en vigor antes del 2 de enero de 2026.

Cuestión que debe ser más compleja de lo que parece a primera vista, pues la Disposición final primera de la Ley 5/2025 habilita a que un Reglamento determine sistemas alternativos para la identificación y registro de los vehículos personales ligeros:

Reglamentariamente se podrá determinar, en caso de que se considere necesario por no existir otro medio de identificación inequívoco, un medio de identificación que permita la individualización de los vehículos a motor que a partir de la entrada en vigor de esta ley pasen a tener esta consideración, y no la hubieran tenido anteriormente.

Problemas prácticos que acaso expliquen que el apartado 6 de la Disposición adicional primera excluya los convenios de indemnización directa entre compañías aseguradoras en las reclamaciones de daños causados por los vehículos personales ligeros:

d) No serán de aplicación los convenios de indemnización directa de daños materiales suscritos entre entidades aseguradoras.

Por cierto, que la previsión conforme a la cual el seguro se exige a «Los vehículos personales ligeros que circulen por el territorio nacional» incluye a los que tengan por lugar habitual de circulación

otro país. Y aunque, por su autonomía y diseño, este tipo de vehículos solo son aptos para trayectos urbanos, sus dimensiones y peso hacen posible su traslado. Habrá que ver de qué modo se aplican las nuevas disposiciones españolas a vehículos personales ligeros que causen daños en nuestro país y si existe en algún momento una regulación europea, pues el fenómeno no es exclusivamente español y los VMP o vehículos personales ligeros, los actuales y los que desarrolle la industria en el futuro, son cuestión que ha merecido atenciones de diversa índole en todos los países de nuestro entorno. Hace menos de un año, en agosto de 2024, la Comisión Europea publicó su [*«Study on the need for harmonised rules to support the rise of micro mobility and increased road safety for personal devices»*](#). Un texto de gran interés. Centrado, ciertamente, en cuestiones técnicas de homologación y certificación de los VMP y en las normas de circulación aplicables, pero que anuncia el interés creciente de la Unión por una regulación unificada en la materia. Una regulación que podrá aprovecharse de la experiencia española.

Carlos Gómez Ligüerre

Los comentarios legales como género literario (alemán)

Los comentarios son textos (doctrinales) referidos a otro texto (legal) que, claramente, adoptan una naturaleza dependiente de este último. Vistos así, es claro que aportan una herramienta fundamental para quienes –como jueces, fiscales o abogados– intervienen a diario en la aplicación del texto legal a un caso concreto. En este contexto, su función es la de organizar el pasado –hay quien ha puntualizado esto, señalando que se trata de «organizar la memoria y el olvido»– mirando hacia el futuro. Desde luego, con ello prestan un servicio muy relevante a la estabilidad de las interpretaciones y a la formación de auténticas «tradiciones interpretativas». Sin embargo, lo cierto es que en la cultura jurídica hispanohablante no proliferan los comentarios a la legislación. A duras penas se llegan a escribir unos comentarios al Código penal. Sin embargo, aun en tal caso, en tales comentarios se advierte la falta de unidad de concepto, de método y de fuentes. Prácticamente carecen de notas al pie y la información doctrinal y jurisprudencial suele ser sesgada y anticuada. Por lo demás, y salvo excepciones, se quedan en la primera o en la segunda edición y son ellos los que van cayendo, con razón, en el olvido.

En la cultura jurídica alemana, por el contrario, los comentarios al Código penal siempre han gozado –y siguen gozando– de una admirable buena salud. Ciertamente, ello no obsta a que, en el siglo y medio con que cuenta su historia, también se hayan visto rodeados de polémica. Por un lado, por el juicio despectivo de algunos académicos, según el cual los comentarios son cosa de «prácticos del Derecho», en contraposición a los tratados y manuales que, al responder a un sistema teórico, serían la auténtica «ciencia jurídica»¹. Por otro lado, por la consideración legalista de que en ellos se da la pretensión implícita de suplantar al legislador, rodeando el tenor estricto de la ley de elementos ajenos a ella.

¹ El siglo XIX español se caracterizó por la ausencia de tratados o manuales y, en cambio, por la proliferación de comentarios al respectivo código penal –en concreto, a los de 1848-1850 y de 1870–, bastante influyentes en los países de Iberoamérica. En concreto, sobre todo, los de Joaquín FRANCISCO PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN (1808-1865), de Alejandro GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA (1830-1919) y de Salvador VIADA Y VILASECA (1843-1904).

El menosprecio académico por los comentarios² ha ido, según creo, perdiendo fuerza con el paso del tiempo. De entrada, es cierto que los primeros comentarios fueron concebidos como «obras de prácticos para prácticos». Sin embargo, ello fue cambiando con el paso del tiempo. Lo que no ha variado es la consideración de que los comentarios constituyen el lugar más adecuado para la comunicación entre la doctrina –con sus pretensiones de ordenación de la materia, que operan de arriba a abajo– y la práctica, que obviamente opera de abajo a arriba –desde el caso hacia la ley y su comentario–; y así sucesivamente. De esa circularidad, aquí virtuosa, deriva precisamente la permanente utilidad de los comentarios. Por lo demás, si se tiene presente la tradición alemana, no puede obviarse que, muy pronto, uno de los más prestigiosos comentarios al Código penal de 1871 fue escrito ni más ni menos que por Reinhard VON FRANK (1860-1934)³. Las dieciocho ediciones de esta obra cubrieron el periodo comprendido entre 1887 y 1931, lo que no obstó a que su autor escribiera simultáneamente algunas de las monografías jurídicas más relevantes de la época. Es más, también acuñó sus famosas «fórmulas», a las que todavía hoy se recurre cuando se trata de explicar la distinción entre dolo eventual y culpa consciente, o entre desistimiento voluntario y fracaso de la tentativa.

En Alemania las décadas posteriores vinieron marcadas, sobre todo, por el comentario fundado por otro profesor, a saber, Adolf SCHÖNKE (1908-1953). Este, escrito en sus dos primeras ediciones antes del fin de la segunda guerra mundial⁴, fue asumido a partir de 1957 por parte del profesor Horst SCHRÖDER (1913-1973), dando lugar al famoso «*Schönke/Schröder*», cuyas treinta ediciones, que llegan hasta 2019⁵, han marcado a generaciones de juristas alemanes y, también, a muchos investigadores extranjeros, que de su mano empezaron a familiarizarse con la Parte especial del Código penal de aquel país. Por cierto, la nueva edición de esta obra cambia su denominación tradicional por la de «*Tübinger Kommentar zum Strafgesetzbuch*», debido a la voluntad editorial de prescindir del cuestionado nombre de Adolf SCHÖNKE⁶.

En un universo dominado por el «*Schönke/Schröder*» como comentario de extensión y profundidad media/grande⁷, aparecieron en Alemania dos modalidades de comentarios al Código Penal. Por un lado, el monumental «*Leipziger Kommentar*»⁸. Por el otro, los comentarios (relativamente) breves, representados, sobre todo, por el «*Dreher/Tröndle*» –y, además, por el quizá menos conocido «*Lackner/Kühl*»–. Ciertamente, el «*Leipziger Kommentar*» venía ya de atrás, pues su primera edición había aparecido en 1919. Sin embargo, su voluminosa extensión y su inigualable profundidad, prácticamente monográfica sobre cada delito, provienen de la 10ª edición, promovida por el profesor Hans-Heinrich JESCHECK (1915-2009), que ya pudo tener por objeto la nueva Parte General del Código penal alemán (1975). Desde entonces, el conocido como

² En parte, aunque con matices, BINDING, «Strafgesetzbuch, Strafrecht und Strafrechtswissenschaft in normalem Verhältnis zu einander», *ZStW*, (1), 1881, pp. 4 ss., 22.

³ *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze herausgegeben und erläutert von Dr. Reinhard Frank*, 1897.

⁴ *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 1942 y 1944.

⁵ Desde la edición 18ª se incorporaron al comentario Theodor LENCKNER, Peter CRAMER, Albin ESER y Walter STREE y, más adelante, muchos más autores contemporáneos.

⁶ Ciertamente, SCHÖNKE tuvo alguna vinculación con el nacionalsocialismo. Sin embargo, también promovió el «*Seminar für ausländisches und internationales Strafrecht*» de Freiburg i. Br., que, junto con la denominada «*Schönke-Bibliothek*», dio lugar ni más ni menos que al «*Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*», últimamente denominado «*Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht*».

⁷ Que también reivindica para sí el MATT/RENZIKOWSKI, *Strafgesetzbuch: StGB*, 2ª ed., 2020.

⁸ *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. Großkommentar*.

«LK» no ha cesado de crecer, de modo que la 13ª edición, cuyos primeros volúmenes aparecieron en 2019 y todavía no ha finalizado, ocupará más de veinte tomos con miles y miles de páginas. Ciertamente, han aparecido otros comentarios relativamente extensos⁹. Sin embargo, no parece que estos puedan llegar a igualar el prestigio de aquél, sin término de comparación con cualquier otro en todo el mundo.

Aparte de lo anterior, en la vida ordinaria de los abogados y de los estudiantes alemanes siempre ha desempeñado un papel decisivo otra clase de comentarios, más breves, caracterizados por dar cuenta, con gran claridad y concisión, de cuáles son la doctrina y jurisprudencia dominantes sobre un determinado problema y cuáles las minoritarias más representativas. Un caso singular es, seguramente, el del «Dreher/Tröndle»¹⁰, un comentario sólo eufemísticamente denominado «breve» (unas 2.000 páginas en papel biblia). Lo que sí es verdad es que se caracteriza por su formato pequeño, que permite que quepa perfectamente en el maletín (o en la mochila) de un abogado. Fundado en los años treinta del siglo pasado, el comentario fue asumido por Eduard DREHER (1907-1996) –otro penalista políticamente cuestionado– desde 1961 a 1977 (es decir, desde su 23ª edición hasta la 37ª). Fue en las décadas siguientes cuando adquirió el nombre antes mencionado, debido a que su realización fue asumida por Herbert TRÖNDLE (1919-2017), quien lo condujo desde 1978 en adelante (esto es, desde la 38ª hasta la 49ª edición). De nuevo, la voluntad de eliminar el nombre de Eduard DREHER condujo a que, a partir de la 50ª edición, en 2001, el comentario, que pasó a ser elaborado por el magistrado y profesor Thomas FISCHER, se denominara únicamente «Tröndle/Fischer». Esto duró hasta la 54ª edición, pues finalmente, desde la edición 55ª, la obra ha pasado a conocerse, sencillamente, como «el Fischer». Otro comentario breve muy conocido es el «Lackner/Kühl», fundado en su día por Eduard DREHER y Hermann MAASSEN, pero asumido luego por Karl LACKNER (1917-2011) y, desde su 21ª edición hasta la 24ª, por este junto con Kristian KÜHL, quien acogió su continuidad en solitario a partir de la 25ª. Desde la 29ª hasta la actual 30ª edición (2023), ha sido realizado conjuntamente por aquel y por el profesor Martin HEGER.

Las líneas anteriores son suficientes para comprobar cómo son concebidos los comentarios en la tradición alemana. En efecto, estos son básicamente entendidos como «fundaciones», con lo que además constituyen un reflejo de la historia jurídica del último siglo en aquel país, con sus luces doctrinales y también con sus sombras políticas. Así, asumidos inicialmente por uno o varios redactores, van pasando de estos a otros que, de una forma muy natural y cuidadosa, incorporan su propio modo de afrontar un determinado problema, sin alterar radicalmente, sino solo de modo progresivo, el planteamiento anterior. Esto, que ha tenido lugar también en los tratados y manuales –basta pensar en el «Mezger/Blei» o en el «Bockelmann/Volk», o en el «Maurach/Gössel/Zipf» y el «Jescheck/Weigend», o ahora, en el «Roxin/Greco»– deja traslucir una visión del trabajo académico como empresa conjunta, colectiva, y sucesiva en el tiempo. Algo que, desde la perspectiva iberoamericana, más individualista, no puede sino provocar admiración. Ahora bien, de este modo se plantea asimismo uno de los debates más relevantes que suelen rodear al género literario de los comentarios. A saber, el de cuánto hay en ellos de exposición ordenada de la posición dominante, así como de la minoritaria más relevante en la jurisprudencia y en la bibliografía, y cuánto de introducción del punto de vista personal. Según algunos, si esto último tiene lugar de un modo «excesivo» –sea lo que sea lo que esto signifique– puede comportar un abuso de la autoridad de la forma propia del comentario, y de sus relativas

⁹ Sobre todo, el *Systematischer Kommentar* y el *Münchener Kommentar*.

¹⁰ *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*.

objetividad y neutralidad, para difundir ideas que deben exponerse en un artículo, una monografía o un tratado. Desde la perspectiva de la teoría crítica del Derecho, ello sucedería en realidad siempre, lo que debería conducir a desvelar su naturaleza de «estructuras de poder» jurídico, sin perjuicio de que, obviamente, haya que seguir utilizándolos¹¹.

Existen otros debates, más técnicos, que rodean al género de los comentarios. En particular, el de si son capaces de dar cuenta del estado de cosas real de una determinada cuestión, dado el enorme incremento de publicaciones producido en las últimas décadas en cualquier país, pero de modo muy singular en Alemania, con sus múltiples revistas semanales, mensuales y trimestrales¹². En efecto, eso es lo que realmente se espera de un comentario; concretamente, que dé cuenta de los debates que existen sin perder actualidad, lo que –de nuevo– exige una especial preocupación por una razonable sucesión de ediciones. Como he indicado antes, el que casi nunca haya brillado la virtud de la perseverancia es lo que acaba conduciendo al fracaso de algunos comentarios de nuestro espacio lingüístico. También en esto, por lo tanto, me parece que, pese a todo, es preciso seguir aprendiendo de los alemanes.

Jesús-María Silva Sánchez

¹¹ BRACHTHÄUSER, «Standardkommentare zwischen Hegemonietheorie und Pragmatismus», *Kritische Justiz*, (50), 2017, pp. 448 y ss.

¹² Ya hace décadas, SCHROEDER, F.-C., «Die Last des Kommentators. Zum strafrechtlichen Publikationswesen in der Bundesrepublik Deutschland», en JESCHECK *et al.* (eds.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag*, 1989, pp. 77 ss.

El renacimiento de la criminología económica

-

Con el concepto de «delincuencia de cuello blanco» («*white-collar criminality*»), SUTHERLAND¹³ acuñó en 1939 uno de los conceptos más populares en criminología, pero también uno de los más complejos.

SUTHERLAND asoció la delincuencia no solo con la pobreza y la escasez de recursos, sino también con el ámbito de los negocios y de personas de alto estatus socioeconómico. Por ello, a pesar de que con este concepto también se denunciara conductas que no están directamente vinculadas con la economía (e.g. delitos contra el medioambiente), en todo análisis criminológico de la delincuencia de cuello blanco ha prevalecido la «delincuencia económica» (e.g. delito fiscal) y sus derivados (e.g. cohecho).

Desde que SUTHERLAND acuñara el concepto, la literatura criminológica abrió un nuevo campo de estudio para discutir si debía priorizarse un enfoque centrado en el perfil del infractor («*offender-based approach*») o en las características del delito («*offence-based approach*»); si tenía sentido aislar la decisión individual del estudio de las empresas donde suelen cometerse estos delitos; y si debía incluirse, al margen de las conductas delictivas, también las infracciones administrativas.

Todos estos debates fueron indispensables para construir una agenda de investigación compartida en torno a los delitos económico-empresariales. Sin embargo, esta discusión teórica dejó relativamente al margen otra cuestión clave que anticipó el propio SUTHERLAND: la aplicación *diferencial* del derecho penal a los delitos de cuello blanco¹⁴. SUTHERLAND desarrolló esta idea con el análisis de la ley federal antimonopolios norteamericana («*Sherman Antitrust Act*») y reveló/expuso aquellos factores que explicaban la selectividad con la que se aplicaba esta ley en los delitos económico-empresariales.

La relevancia teórica de esta última hipótesis yacía en que el problema dejaba de situarse en el análisis de las causas del

¹³ SUTHERLAND, «White-Collar Crime», *American Journal of Sociology*, 1939, pp.139-155.

¹⁴ SUTHERLAND, «Is "White-Collar Crime" Crime?», *American Sociological Review*, Vol. 10, nº 2, pp. 132-139.

delito (el clásico «paradigma etiológico»). En su lugar, SUTHERLAND entendió que la investigación criminológica debía centrar sus esfuerzos en entender y explicar de qué modo los órganos de control reaccionaban de forma diferencial al delito de cuello blanco (el paradigma de la «reacción social»).

Este cambio de paradigma avanzó las mejores posiciones analíticas para sentar las bases de una agenda de investigación común en la criminalidad de cuello blanco. Desde un punto de vista histórico, a FOUCAULT le corresponde haber mostrado la transformación del sistema penal en un aparato que gestiona de forma diferencial la delincuencia económica¹⁵. Desde un punto de vista empírico, la década de los 80' es donde encontramos el mayor impulso de investigación criminológica centrada en analizar la gestión diferencial del sistema penal hacia la delincuencia económica.

En concreto, se desarrollaron tres líneas de trabajo para demostrar la gestión diferencial del derecho penal en casos de delincuencia económico-empresarial. En primer lugar, el estudio de las agencias de regulación («*control agency studies*») como las Agencias Tributarias y los organismos que controlan los mercados financieros ponía de relieve la preferencia de estas agencias en resolver grandes fraudes económicos por vía administrativa. En segundo lugar, los estudios sobre las Fiscalías («*prosecutorial studies*») se centraban en determinar cómo influía la coyuntura política, los recursos económicos y el tipo de acusado (persona física o jurídica) en la toma de decisiones de la fiscalía («*prosecutorial decision-making*»). Por último, el análisis de condenas («*sentencing studies*») proporcionaba datos para determinar la severidad de aquellos casos que finalizaban en proceso penal, concluyendo que la mayoría de casos analizados gozaban de penas más indulgentes.

A pesar de estos esfuerzos académicos, el interés por la delincuencia de cuello blanco en la década de los 90' perdió fuerza en relación con otros objetos de estudio criminológico y, en consecuencia, las anteriores líneas de estudio no gozaron de recorrido académico. Tras la innovación teórica de SUTHERLAND, solamente las crisis económicas globales conseguirían reavivar el interés por la delincuencia económico-empresarial. En pleno cambio de siglo, con el estallido de la crisis *dot-com*, el escándalo Enron—una estafa colosal a inversores—estimuló un gran debate sobre el alcance de la delincuencia empresarial¹⁶. Entrados en el siglo XXI, la Gran Recesión de 2007/2008 y los escándalos de corrupción política y fraudes financieros asociados impulsó otra oleada de debates sobre la criminalidad de los poderosos¹⁷.

Sin embargo, la década posterior a la crisis de 2007 no vino acompañada de una agenda de investigación definida. Con el conocimiento acumulado desde SUTHERLAND, cabía esperar una contribución criminológica esencial en una coyuntura histórica tan delicada: ¿de qué modo y por qué estaban fallando las agencias de regulación y el sistema de justicia penal en el control de las grandes empresas e instituciones financieras? En lugar de articular una agenda común para responder a esta cuestión, el campo se fragmentó en múltiples esfuerzos por reconceptualizar la delincuencia económica desde una revisión teórica de los «delitos de los poderosos», pasando por nuevas propuestas de teorías integradas, hasta una ampliación del concepto a las «clases medias». Todas estas contribuciones eran sin duda valiosas, pero desdibujaban las líneas de trabajo para investigar empíricamente la delincuencia económica.

¹⁵ FOUCAULT, *Surveiller et punir : Naissance de la prison*. Paris: Gallimard, pp. 90-104.

¹⁶ FRIEDRICHS, «Enron et al.: paradigmatic white-collar crime cases for the new century», *Critical Criminology* 12, 2004, pp. 113-132.

¹⁷ BARAK (ed.), *The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful*. London: Taylor and Francis, 2015.

Situados en esta coyuntura histórica y académica, la investigación que iniciamos sobre «criminología económica» en el *Grupo de Criminología y Sistema Penal* de la UPF requería revisar el *actual* estado de la cuestión en la literatura sobre delincuencia económica para orientar la investigación empírica en España. Para acotar la investigación, nos centramos en la tipología delictiva con mayor frecuencia e incidencia entre los delitos económicos: el delito contra la Hacienda Pública (art. 305 CP) o «delito fiscal». El delito fiscal es el delito económico más perseguido por el Sistema Penal (en España hay una media de 1.000 condenados al año de acuerdo con los datos del [INE](#)), así como el delito que suma las mayores cantidades defraudadas (en el 2023 se estiman más de 819,6 millones de euros de acuerdo con los datos de la [AEAT](#)).

En España, el delito fiscal ha sido objeto de numerosos análisis de «derecho penal económico», pero el análisis desde una perspectiva criminológica es escaso. Por ello, es necesario analizar la *investigación y persecución* del delito fiscal, centrándonos en el funcionamiento de los principales órganos de control: ¿cómo investigan y persiguen el delito fiscal la Agencia Tributaria y el Ministerio Fiscal?

Por un lado, el estudio de la Agencia Tributaria muestra su compleja organización local y estatal para la prevención del delito fiscal, y también señala una cuestión clave en la persecución del delito fiscal: la modificación del Código Penal con la Ley 7/2012 y la consiguiente reforma tributaria con la Ley 34/2015 por la cual se introducen las «liquidaciones vinculadas a delito» (LVD)¹⁸. Desde entonces, la Agencia Tributaria dispone de mayor autonomía para liquidar la cantidad defraudada sin necesidad de que un juez dicte sentencia condenatoria firme. En otras palabras, la LVD agilizó el proceso de restitución del daño, evitando que se bloqueen grandes cantidades de dinero defraudado por los juzgados en espera de una sentencia condenatoria. Esta reforma supone un gran avance en términos recaudatorios. Sin embargo, todavía hacen falta estudios que indiquen cuánto dinero derivado del fraude fiscal se ha recuperado. Es necesario seguir estudiando el papel de la Agencia Tributaria porque de ella depende la información que le llega al Ministerio Fiscal y la prevención general de la criminalidad económica.

En segundo lugar, debemos alertar sobre una de las instituciones clave en la persecución del delito de cuello blanco: el Ministerio Fiscal y el área especializada en delitos económicos. La delimitación competencial de Delitos Económicos fue un avance clave para perseguir la delincuencia de cuello blanco sin elementos de corrupción pública y crimen organizado, que continúa siendo la ocupación de la Fiscalía Anticorrupción. Con la creación de la Fiscalía de Delitos Económicos, el Ministerio Fiscal se ha podido especializar en la persecución de la defraudación tributaria y las insolvencias punibles. Ello permite un análisis de la Fiscalía de Delitos Económicos y de la centralidad que ocupan las sentencias de conformidad en la resolución penal de los delitos fiscales¹⁹. No obstante, todavía precisamos de investigaciones cualitativas que expliquen los factores determinantes en la toma de decisión de las conformidades, así como investigaciones cuantitativas que expliquen su frecuencia.

¹⁸ BONSHOMS-GUZMÁN «Inspectores y Fiscales: investigar y perseguir la defraudación tributaria», *Indret Criminología*.

¹⁹ BONSHOMS-GUZMÁN «La Fiscalía de Delitos Económicos: ¿hacia una lógica restaurativa?», *Revista Electrónica de Criminología* 08-07, 2024.

Por último, a lo largo del proceso de investigación y persecución, el delito fiscal dispone de numerosas salidas monetarias para comprar impunidad penal en casos de defraudación (la regularización voluntaria, atenuante de reparación privilegiada, planes de pago que facilitan las conformidades, etc.)²⁰. Con ello concluíamos que, en la persecución del delito fiscal, cierta lógica de restitución del daño prevalece sobre otros fines punitivos. Además de un posible agravio comparativo con otros delitos convencionales, en términos político-criminales, las vías de escape que ofrece el sistema penal al delito fiscal pone en tela de juicio su capacidad disuasoria en tanto la pena se monetiza, convirtiéndose en un coste asumible para el infractor.

En definitiva, la criminología económica debe entender y aportar evidencia empírica sobre la forma diferencial en que *regulamos* y *castigamos* la criminalidad de las clases dominantes. A la postre, la «criminología económica» todavía tiene pendiente asumir la tarea que se desprende de la crítica de BRAITHWAITE a la sociología del castigo de GARLAND²¹: estudiar la genealogía del castigo no se reduce a estudiar cómo se castiga a los pobres, sino también cómo *no* se castiga a los ricos. De este modo se repararía en que la *gestión diferencial de los delitos económicos* es una parte esencial de toda genealogía penal.

Jordi Bonshoms Guzmán

Bibliografía

BARAK, Gregg (ed.), *The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful*. London: Taylor and Francis, 2015.

BONSHOMS-GUZMÁN, Jordi, «Inspectores y Fiscales: investigar y perseguir la defraudación tributaria», *Indret Criminología*.

BONSHOMS-GUZMÁN, Jordi, «La Fiscalía de Delitos Económicos: ¿hacia una lógica restaurativa?», *Revista Electrónica de Criminología* 08-07, 2024.

BRAITHWAITE, John «White-Collar Crime», *Annual Review of Sociology*, Vol. 11, 1985: pp. 1-25.

BRAITHWAITE, John «What's wrong with the sociology of punishment?», *Theoretical Criminology* Vol. 7(1), 2003, pp. 5-28.

FOUCAULT, Michel, *Surveiller et punir : Naissance de la prison*. Paris: Gallimard.

FRIEDRICHS, David, «Enron *et al.*: paradigmatic white-collar crime cases for the new century» *Critical Criminology* 12: 113-132, 2004.

SUTHERLAND, Edwin «White-Collar Crime», *American Journal of Sociology*, 1939.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ BRAITHWAITE, «What's wrong with the sociology of punishment?», *Theoretical Criminology* Vol. 7(1), 2003, pp. 5-28.

Consecuencias civiles al incumplimiento del deber de evaluar la solvencia del consumidor por el prestamista

O, dónde la dogmática jurídica es útil y dónde no

Sumario

-

Las directivas europeas establecen la obligación de evaluar la solvencia del prestatario en los contratos de crédito al consumo e hipotecario con consumidores. Sin embargo, las consecuencias derivadas del incumplimiento de este deber quedan a discreción de los Estados Miembros. Mientras que algunos legisladores nacionales han establecido consecuencias civiles, el Derecho español no lo ha hecho. Ante esta ausencia, la doctrina española ha tratado de deducir una serie de consecuencias civil-contractuales. El trabajo defiende la tesis de que (1) el deber de evaluar la solvencia recogido en las Directivas constituye una norma de supervisión bancaria y de protección general de los consumidores, pero no reconoce una norma de protección individual al prestatario concreto (un derecho subjetivo), de la cual se puedan derivar directamente consecuencias civiles, si el legislador nacional no lo hace; y (2) dado que la introducción de este deber en el ordenamiento nacional afecta al derecho de contratos, es recomendable que el legislador nacional establezca una consecuencia civil al incumplimiento, con lo que se generaría un derecho subjetivo en favor del consumidor. En este sentido, se explicará (1) que las alternativas dogmáticas de lege lata (prohibición de contratar, nulidad, resolución y usura) no resultan convincentes; y (2) que, en este sentido, la dogmática no puede crear un derecho supliendo al legislador. Tras ello, se evaluarán las opciones del legislador español de lege ferenda. Aquí, la reducción de intereses se planteará como la opción que mejor permite conciliar los intereses en juego, junto con otras consecuencias adicionales.

Abstract

-

European directives mandate the assessment of borrower's creditworthiness in consumer credit and mortgage contracts, but leave the consequences of non-compliance to the discretion of Member States. While some national legislators have established civil consequences, Spanish law has not. In response, Spanish legal doctrine has attempted to deduce civil-contractual consequences. This paper argues that (1) the duty to assess creditworthiness as outlined in the Directives constitutes a norm of banking supervision and general consumer protection, but does not recognize an individual protection norm for the specific borrower (a subjective right), from which civil consequences can directly arise if the national legislator does not do so; and (2) since the introduction of this duty into national law affects contract law, it is advisable for the national legislator to recognize a civil consequence for non-compliance, thereby creating a subjective right in favor of the consumer. In this regard, it will be explained (1) that the dogmatic alternatives lege lata (prohibition of contracting, nullity, termination, and usury) are not convincing; and (2) that, in this sense, dogmatics cannot create a right by substituting the legislator. Following this, the options of the Spanish legislator lege ferenda will be evaluated. Here, the reduction of interest will be proposed as the option that best reconciles the interests at stake, along with other additional consequences.

Title: Civil Consequences of the Lender's Failure to Assess Consumer's creditworthiness: Or, Where Legal Dogmatics is Useful and Where it is Not.

-

Palabras clave: Evaluación de la solvencia del consumidor, sanciones, Derecho civil, dogmática jurídica, norma de protección individual, prohibición de contratar, nulidad, resolución, responsabilidad civil, reducción de intereses.

Keywords: *Consumer's creditworthiness assessment, sanctions, civil law, legal dogmatics, individual protection norm, prohibition of contracting, nullity, termination, civil liability, interest reduction*

-

DOI: 10.31009/InDret.2025.i3.01

Índice

-

1. Introducción

2. Contexto legal

- 2.1. Directivas y Derecho nacional
- 2.2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia

3. El sentido del deber de evaluar la solvencia en el Derecho privado europeo y español

- 3.1. El deber de evaluar la solvencia establecido en las Directivas no constituye una norma de protección al consumidor individual
- 3.2. Un sistema administrativo de sanciones al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia puede bastar para cumplir los objetivos de las Directivas
- 3.3. El deber de evaluar la solvencia como obligación de Derecho civil nacional para prevenir el incumplimiento del contrato de préstamo
- 3.4. Recapitulación y conclusión parcial

4. El sistema español: la inexistencia de sanciones civiles y la búsqueda de alternativas de lege lata

- 4.1. ¿Prohibición de contratar?
- 4.2. ¿Nulidad del contrato?
- 4.3. ¿Resolución del contrato?
- 4.4. ¿Responsabilidad civil extracontractual?
- 4.5. ¿Usura?
- 4.6. Conclusión parcial: los límites de la dogmática de lege lata

5. De lege ferenda. Las posibles consecuencias al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia

- 5.1. Posibles escenarios
- 5.2. Los requisitos exigidos por el Derecho de la Unión Europea para las sanciones
- 5.3. Las alternativas planteadas por la doctrina española de lege ferenda
 - a. Pérdida del derecho a intereses
 - b. Pérdida de las garantías hipotecarias
- 5.4. La reducción de los intereses remuneratorios como solución equilibrada
- 5.5. Otras consecuencias admisibles
 - a. Reducción de los intereses de demora
 - b. Responsabilidad civil por incumplimiento del deber de información
 - c. Exoneración del crédito insatisfecho en concurso

6. Conclusiones

7. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

Este trabajo se ocupa de dos cuestiones. La primera es si el incumplimiento del deber del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario consumidor debe tener consecuencias en el ámbito civil-contractual. La segunda, en caso afirmativo, es determinar cuál debería ser dicha consecuencia.

La trasposición de la nueva Directiva sobre contratos de crédito al consumo¹ (**Directiva 2023/2225**) representa una oportunidad para replantear las consecuencias civiles derivadas del incumplimiento del deber de evaluar la solvencia, especialmente a la luz de las soluciones adoptadas en otros ordenamientos². En países como Alemania, las consecuencias civiles derivadas del incumplimiento de este deber han sido calificadas como auténtico «material de litigio»³, lo que anticipa un potencial escenario de conflictividad judicial entre entidades financieras y consumidores⁴. Evitar que este riesgo se materialice depende del legislador español. Sin embargo, la trasposición de la Directiva 2023/2225 aún no ha abordado esta cuestión⁵.

A lo largo del trabajo se defenderá la tesis de que el deber de evaluar la solvencia, tal como lo recogen las directivas europeas, constituye una norma de supervisión del comportamiento de las entidades financieras en el mercado, orientada a la protección general de los consumidores. Sin embargo, dicha exigencia no conlleva por sí sola la existencia de un mecanismo de protección individual del consumidor en el contrato concreto, que le permita ejercer una acción civil en caso de incumplimiento. Explicado esto, se argumentará que, dado su impacto en la formación del

* Autor/a de contacto: Dr. Antonio Ruiz Arranz, abogado (antonio.ruizarranz@freshfields.com). Trabajo realizado en el marco del proyecto «La protección del consumidor en la era digital» (PID2021-122985NB-I00), del que son investigadores principales la profesora N. Fenoy Picón y el Profesor Máximo Juan Pérez García.

El trabajo se ha beneficiado, en sus diferentes versiones, de los comentarios del Prof. Bruno Rodríguez-Rosado, del Dr. Carles Vendrell Cervantes, del Prof. Fernando Pantaleón Prieto, del Prof. Jesús Alfaro Águila-Real y de la Profa. Esther Arroyo i Amayuelas. A todos ellos expreso mi agradecimiento. Los errores que restaren son solo míos.

¹ Directiva (UE) 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de octubre de 2022 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE.

² Véase, Comisión Europea, «Mapping of national approaches in relation to creditworthiness assessment under Directive 2008/48/EC on credit agreements for consumers», 2018, pp. 4-5, disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/mapping_national_approaches_creditworthiness_assessment.pdf

³ HILLEMACHER, «Bonität lax prüfen wird für Banken teuer», *Immobilien Zeitung*, 9, 2016.

⁴ La cuestión prejudicial elevada por el Auto de 31 de enero de 2024 del Juzgado de Primera Instancia de Fuenlabrada (Ilmo. Sr. Jesús Alemany Eguidazu – Id Cendoj: 28058420012024200001) ofrece un buen ejemplo del potencial de este campo para una futura litigación masiva.

⁵ La Consulta Pública previa del Ministerio de Economía, Comercio y Empresa para la trasposición de la Directiva 2023/2225 no plantea ninguna cuestión relativa a las consecuencias del incumplimiento de evaluar la solvencia. El texto de la consulta puede verse aquí: https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion_publica/consulta/ficheros/2024_0904_CP_CCD_2023-2225.pdf.

Igualmente, el Anteproyecto de Ley de Administradores y Compradores de créditos y por la que se modifican la ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, y la ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, tampoco ha reparado en esta cuestión. El texto del Anteproyecto puede consultarse aquí: https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/ECO_Tes_20240516_AP_APL_AdmComCredito.pdf

contrato, resulta aconsejable que el legislador nacional reconozca consecuencias civiles específicas, transformando así el deber en un derecho subjetivo tutelable por el consumidor.

La estructura del trabajo será la siguiente. Primero, analizaré el estado legislativo y jurisprudencial de la cuestión (2). Tras ello, explicaré que el deber de evaluar la solvencia de las directivas no otorga directamente una acción individual civil al consumidor; que el legislador nacional no está, por ello, obligado a hacerlo; y que, sin embargo, establecer sanciones civiles es lo más recomendable jurídicamente (3). Una vez aquí, analizaré las distintas opciones dogmáticas que se han planteado en España como respuesta al incumplimiento del deber de evaluar la solvencia, no siendo ninguna convincente (4.1-4.5). Acto seguido, explicaré por qué la dogmática no puede crear por sí sola una acción, si no lo hace el legislador (4.6). Por último, plantearé las posibilidades de que dispone *de lege ferenda* el legislador español para una futura incorporación de consecuencias civiles al incumplimiento del deber de evaluar la solvencia del prestatario (5).

A los efectos de este artículo se considerarán «incumplimiento del deber de evaluar la solvencia del prestatario» los siguientes supuestos: (i) los casos en los que el prestamista omitió cualquier tipo de evaluación; (ii) los casos en que el prestamista realizó una evaluación de la solvencia con resultado positivo, pero esta fue deficiente; y (iii) los casos en que el prestamista realizó una evaluación con resultado negativo y, sin embargo, concedió el crédito.

2. Contexto legal

2.1. Directivas europeas y Derecho nacional

La evaluación de la solvencia deriva de la trasposición de la Directiva de crédito al consumo (**Directiva 2008/48**)⁶. La Directiva 2008/48 fue traspuesta al Derecho español a través de la Ley de contratos de crédito al consumo⁷ (**LCC**), cuyo Art. 14 LCC establece el deber de evaluar la solvencia en estos contratos, considerando su incumplimiento como infracción grave o muy grave (Art. 34.1 LCC).

Con posterioridad, la Ley de Economía Sostenible⁸ (**LES**) impuso un principio de responsabilidad en el crédito y de protección de los usuarios de servicios financieros que obligaba a las entidades a evaluar la solvencia antes de firmar el contrato (Art. 29.1 LES). Esta norma no imponía un deber precontractual estricto, pues respeta la libertad de contratación (Art. 29.2 LES)⁹.

⁶ Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo. El Art. 8 de este instrumento obliga a los Estados Miembros a garantizar que, antes de firmar un contrato de crédito, el prestamista evalúe la solvencia del prestatario con información suficiente, proporcionada por el consumidor. Esta obligación incluye sanciones «efectivas, proporcionadas y disuasorias» (Cdo. 47).

⁷ Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

⁸ Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

⁹ Se considera un principio o buena práctica, desarrollado en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, cuyo Art. 18 especifica los procedimientos internos de evaluación de solvencia

Siguiendo la Directiva 2008/48, la Directiva sobre contratos de crédito inmobiliario (**Directiva 2014/17**)¹⁰ mantuvo la evaluación de la solvencia también para estos contratos, dejando a los Estados Miembros el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento. La Ley de contratos de crédito inmobiliario¹¹ (**LCCI**) incorporó esta obligación (Art. 11 LCCI), y estableció un sistema administrativo de sanciones (Arts. 46 y 47 LCCI).

Finalmente, la Directiva 2023/2225 obliga a los Estados Miembros a (i) evaluar la solvencia antes de firmar un contrato de crédito (Art. 18.1); y (ii) asegurar que el prestamista no conceda el crédito hasta que la evaluación indique que es probable que se cumplan las obligaciones del contrato (Art. 18.6). La Directiva 2023/2225 permite a los Estados Miembros determinar el régimen de sanciones, siempre que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias.

2.2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia

Hasta ahora, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (**Tribunal de Justicia**) ha resuelto siete cuestiones prejudiciales sobre el deber de evaluar la solvencia y sus consecuencias civiles¹². El

¹⁰ Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010.

¹¹ Ley 5 /2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

¹² La jurisprudencia puede resumirse del siguiente modo:

(a) En *LCL Le Crédit Lyonnais SA* (STJUE 27.3.2014, C-565/12 – EU:C:2014:190, paras 30-55), el Tribunal de Justicia declaró que la sanción francesa de privar al prestamista de los intereses remuneratorios por no evaluar la solvencia era incompatible con la Directiva 2008/48. El Derecho francés permitía seguir devengando el interés legal incrementado en cinco puntos porcentuales, lo que beneficiaba al prestamista (interés remuneratorio del 5,6% frente al legal incrementado del 5,71%). El prestatario era incapaz de pagar el crédito, y el Derecho francés no reconocía sanciones administrativas por no evaluar la solvencia.

(b) En *Consumer Finance* (STJUE 18.12.2014, C-449/13 – EU:C:2014:2464, paras 33-49), el Tribunal de Justicia declaró que el deber de evaluar la solvencia es una obligación de tipo precontractual cuya prueba corresponde al prestamista; y que los prestamistas han de evaluar la solvencia sobre la base de información suficiente, respaldada por documentos, sin que el prestamista deba comprobar sistemáticamente la información facilitada por el consumidor.

(c) En *Belfius-Banque* (STJUE 06.06.2019, C-58/18 – EU:C:2019:467, paras 37-49), el Tribunal de Justicia entendió que la normativa belga que obliga al prestamista a renunciar a celebrar el contrato de crédito ante una evaluación negativa de solvencia resultaba compatible con el Art. 8.1 Directiva 2008/48.

(d) En *OPR-Finance* (STJUE 5.3.2020, EU:C:2020:167, C-679/18, paras. 33-45), el Tribunal de Justicia declaró que el juez nacional debe comprobar de oficio el cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Declaró incompatible con la Directiva 2008/48 el régimen checo que establece un plazo de prescripción de tres años para la acción de nulidad por incumplimiento, aunque la nulidad implique la pérdida de intereses para el prestatario. El sistema checo ya preveía multas por incumplimiento, pero apenas se aplicaban. El Tribunal afirmó que, cuando hay sanciones civiles y administrativas, estas últimas deben aplicarse siempre por el juez, conforme al principio de eficacia.

(e) En *Ultimo Portfolio Investment (Luxembour)* (STJUE 10.06.2021, C-303/2020 –EU:C:2021:479, paras 38-45), el Tribunal de Justicia declaró compatible con la Directiva 2008/48 la normativa polaca que permite al juez aplicar (i) la pérdida del derecho a los intereses del prestamista; (ii) el fraccionamiento de la ejecución del contrato sin generar intereses; o (iii) la aplicación conjunta de la Directiva 2008/48 con la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, o con la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales. El Tribunal subrayó que, si hay sanciones civiles y administrativas, las primeras deben aplicarse.

(f) En *Nárokuj* (STJUE 11.01.2024, C-755/22 - EU:C:2024:10, paras. 35, 49-52), el Tribunal de Justicia declaró que las sanciones del Derecho checo por no evaluar la solvencia no dependen del incumplimiento del contrato por el

examen de esta jurisprudencia es desalentador. Por no ser esa su función, el Tribunal de Justicia no aclara si el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia debe conllevar una consecuencia civil-contractual ni cuál debería ser. En cambio, la jurisprudencia europea indica que prácticamente cualquier sanción civil-contractual adoptada por el legislador nacional puede ser compatible con el Derecho europeo, sin que ninguna de ellas tenga preferencia sobre las demás. Con todo, se pueden extraer algunas enseñanzas: (i) el incumplimiento de la obligación activa inmediatamente las consecuencias civiles previstas por el ordenamiento nacional, sin diferenciar entre situaciones (*Le Crédit Lyonnais*); (ii) consecuencias civiles como la prohibición de celebrar el contrato (*Belfius Banque*), la nulidad del contrato (*OPR-Finance* y *Nárokuj*) o la pérdida del derecho a intereses (*Le Crédit Lyonnais* y *Ultimo Portfolio*) son compatibles con las Directivas; (iii) si el ordenamiento nacional prevé sanciones civiles, el juez debe aplicarlas, además de las sanciones administrativas (*OPR-Finance*; *Ultimo Portfolio Investment*); y (iv) no se pueden aplicar al incumplimiento del deber de evaluar la solvencia las soluciones previstas para otras obligaciones de la Directiva, si no hay una sanción civil explícita (*Horyzont*).

3. El sentido del deber de evaluar la solvencia en el Derecho privado europeo y español

El silencio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre si el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia debe conllevar sanciones civil-contractuales obliga a plantearse el propósito de esta obligación en el Derecho privado. Para ello, es necesario comenzar explorando el significado que el Derecho europeo otorga a la evaluación de la solvencia.

3.1. El deber de evaluar la solvencia establecido en las Directivas no constituye una norma de protección al consumidor individual

A la vista del objetivo de evitar que, en un mercado de crédito en expansión, los prestamistas concedan crédito a consumidores insolventes, el Tribunal de Justicia afirmó en *LCL Le Crédit Lyonnais SA* que la obligación de evaluar la solvencia es una obligación «precontractual» que

[T]iene por objeto proteger a los consumidores contra los riesgos de sobreendeudamiento y de insolvencia, [...] garantizar a todos los consumidores de la Unión un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses y [...] facilitar el desarrollo de un mercado interior eficaz del crédito al consumo¹⁵. [T]al objetivo [...] pretende garantizar una protección efectiva de los consumidores

consumidor. Un prestamista puede ser sancionado por no evaluar la solvencia antes de firmar el contrato, aunque este no tenga consecuencias perjudiciales. Por eso, el Tribunal consideró proporcionadas las sanciones de nulidad del contrato y pérdida del derecho a los intereses.

(g) En *Horyzont* (STJUE 24.10.2024, C-339/23 – EU:C:2024:918), el Tribunal de Justicia declara que la obligación de evaluar la solvencia del consumidor tiene como objetivo evitar el sobreendeudamiento, mientras que la obligación de información permite comparar ofertas de crédito y conocer los derechos del contrato. Por ello, las sanciones por incumplimiento pueden ser diferentes, siempre que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias. El tribunal remitente observó que el Derecho polaco carecía de sanción civil por no evaluar la solvencia, pero sí permitía una consecuencia de «crédito gratuito» por incumplir la obligación de información. También se consideró la posibilidad de declarar la nulidad del contrato por infracción de norma imperativa.

¹⁵ STJUE 27.03.2014, C-565/12 – EU:C:2014:190, párr. 42. También, STJUE 18.12.2014, C-449/13 – EU:C:2014:2464, *CA Consumer Finance SA*, para 45.

contra la concesión irresponsable de contratos de crédito que sobrepasen sus capacidades financieras y puedan entrañar su insolvencia [...]»¹⁴.

De estos párrafos, la doctrina ha deducido que la obligación de evaluar la solvencia representa una norma de protección individual al consumidor concreto en el contrato concreto, la cual requiere de consecuencias en el plano civil-contractual¹⁵. Esto es, que más allá de su carácter de obligación interna para las entidades, se trata de «una obligación precontractual frente al consumidor que responde primordialmente a la protección del consumidor de la operación de crédito y la prevención de su sobreendeudamiento»¹⁶. No hay duda de que el deber de evaluar la solvencia busca proteger los intereses generales de los consumidores, como garantía de un buen funcionamiento del mercado. Pero este argumento vale hasta donde vale¹⁷. El mandato de préstamo responsable no crea una obligación de Derecho civil (*ex* Art. 1088 CC) o, por mejor decir, no reconoce un *derecho subjetivo*. Solo una confusión entre el «interés jurídicamente protegido» y el «derecho subjetivo» permite concluir lo contrario; y un interés individual puede estar protegido por el simple efecto de una norma¹⁸. Las Directivas establecen una obligación que protege –también– el interés de los consumidores, pero no crean un derecho cuya tutela se coloque a disposición del consumidor individual. Esto es clave. Las menciones a la protección de los consumidores frente al sobreendeudamiento han de entenderse realizadas desde el punto de vista del buen funcionamiento del mercado en general y la protección que se les dispensa a aquellos. No en vano, existe un evidente punto de corte entre las normas de supervisión y las generales de protección a los consumidores¹⁹. Pero que se pretenda proteger a los consumidores

¹⁴ *Ibid.*, para 43.

¹⁵ CUENA CASAS, «Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 764, 2017, p. 2889; HOFFMANN, «Die Pflicht zur Bewertung der Kreditwürdigkeit», *Neue Juristische Wochenschrift*, 25, 2010, p. 1785; ARTZ, «§ 505a BGB. Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung bei Verbraucherdarlehensverträgen» en BÜLLOW y ARTZ, *Verbraucherkreditrecht*, 11.ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2025, nm 4; BARTA/BRAUNE, «Schadensersatz als Rechtsfolge der unzureichenden Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers – Konsequenzen aus der Entscheidung des EuGH in Sachen Le Crédit Lyonnais SA/Fesih Kalhan für das Verständnis des deutschen Rechts», *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 8, 2014, p. 325; ARROYO AMAYUELAS, «Responsible lending», *Revista Da Faculdade Da Universidade Do Porto De Direito*, XVII-XVIII, 2020-2021, p. 235.

Este enfoque lo comparte también el Auto de 31 de enero de 2024 del Juzgado de Primera Instancia de Fuenlabrada (Ilmo. Sr. Jesús Alemany Eguidazu – Id Cendoj: 28058420012024200001).

¹⁶ ÁLVAREZ LATA, «Artículo 14. Obligación de evaluar la solvencia del consumidor», en MARÍN LÓPEZ (ed.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Aranzadi, 2014, sec. IV. 1.

¹⁷ No puede asumirse, sin más, que el objetivo de las Directivas de proteger a los consumidores frente al sobreendeudamiento y la insolvencia —mediante la imposición a las entidades de la obligación de evaluar la solvencia— implique automáticamente la existencia de una obligación contractual frente al consumidor. Que se imponga un deber al prestamista no significa, por sí solo, que se cree un derecho subjetivo en favor del prestatario.

¹⁸ Véase, LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.ª ed., C. H. Beck, Munich, 2004, § 14, p. 243; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Sistema de Derecho civil*, Vol. I, 13.ª ed., reimpresión 2019, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 344-345. Con usual claridad, el autor advierte que la clave en un derecho subjetivo no es el interés protegido, sino si se concede o no a la persona un poder jurídico. Y pone un ejemplo ilustrativo, muy propio de los tiempos actuales: la ley que establece un arancel elevado para importar productos extranjeros es una norma que protege el interés de los fabricantes interiores del mismo producto, pero no puede decirse que estos tengan por ello un derecho.

¹⁹ Se ve bien en las conclusiones AG KOKOTT 14.02.2019, C-58/18 – EU:C:2019:120, *Beilfus Banque SA*, para 77: «A este respecto, a mi juicio, debe prestarse atención también a la sintonía entre las normativas de protección de los consumidores y las de supervisión. En efecto, una adecuada gestión del riesgo del crédito por el prestamista es uno de los objetivos principales de la supervisión. (57) Una concesión responsable de los créditos constituye una aportación decisiva a tal efecto». Y en la nota al pie que complementaba a esta afirmación, puede leerse: «Véanse,

en general no permite bajar al escalón siguiente: el Derecho de contratos y la protección individual del consumidor concreto, ya que, con la obligación de evaluar la solvencia, las Directivas no crean un derecho subjetivo. No en vano, no toda norma europea que proteja a los consumidores en general determina la existencia de un remedio o acción para el consumidor individual²⁰.

Las Directivas ponen el acento exclusivo en la supervisión del comportamiento del prestamista²¹, cuando se refieren al deber de evaluar la solvencia²². Atender al prestamista y su comportamiento en el mercado explica que ninguna de las Directivas –tampoco la Directiva 2023/2225– haya declarado a tambor batiente que el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia tenga necesariamente que llevar aparejadas consecuencias civiles en el contrato concreto²³, y no del

entre otros muchos, los “Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz”, desarrollados por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, en especial el principio básico 17, relativo al “riesgo de crédito”. Disponible en <https://www.bis.org/publ/bcbs230.htm> (última actualización: 13.12.2018). También el considerando 26 de la Directiva 2008/48 llama la atención sobre esta conexión: «Sin perjuicio de lo dispuesto sobre el riesgo del crédito en la Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio [...], los prestamistas deben tener la responsabilidad de controlar individualmente la solvencia del consumidor».

²⁰ Por ejemplo, la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con consumidores se centraba en garantizar el buen funcionamiento del mercado interior y en eliminar las prácticas comerciales desleales. Inicialmente, no otorgaba derechos individuales a los consumidores para reclamar daños, lo que llevó a diferencias en su implementación entre los Estados miembros, como Alemania y España. Otro ejemplo se encuentra en la derogada Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Este instrumento se enfocaba en establecer normas para los contratos a distancia, pero no proporcionaba mecanismos individuales de reclamación para los consumidores.

²¹ SCHÜRNBRAND, «Die Neuregelung des Verbraucherdarlehensrechts», *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 20(6), 2008 p. 388; HERRESTHAL, «Unionsrechtliche Vorgaben zur Sanktionierung eines Verstoßes gegen die Kreditwürdigkeitsprüfung», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 13, 2014, p. 498, HARNOS, «Schadensersatz wegen fehlerhafter Kreditwürdigkeitsprüfung», *Juristen Zeitung*, 11, 2017, p. 554. Lo reconoce, si bien se muestra partidaria de incorporar sanciones civiles que protejan al consumidor, CUENA CASAS, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 764, 2017, pp. 2881-2882. En contra, sin embargo, BARTA/BRAUNE, *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 8, 2014, pp. 325-329, KNOPS, 2024, Rn. 23-25; ARROYO AMAYUELAS, «La política de préstamo responsable en la Unión Europea. En particular, la valoración del mérito crediticio», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 149, 2018, p. 89.

²² Por eso, las Directivas (i) pretenden que los prestamistas no «concedan préstamos de forma irresponsable» (Cdo. 53 Directiva 2023/2225; Cdo. 26 Directiva 2008/48); (ii) les imponen la «responsabilidad de controlar individualmente la solvencia del consumidor» (Cdo. 53 Directiva 2023/2225; Cdo. 26 Directiva 2008/48); (iii) desligan la obligación de evaluar la solvencia de la responsabilidad del consumidor «en caso de que este incumpla sus obligaciones en virtud del contrato de crédito» (Cdo. 56 Directiva 2014/17); y (iv) salvaguardan la «libertad contractual del prestamista en relación con la concesión del crédito» (Cdo. 54 Directiva 2023/2225). Igualmente, las Directivas advierten que el «hecho de que la evaluación de la solvencia arroje un resultado positivo no debe comportar para el prestamista la obligación de conceder un crédito» (Cdo. 57 Directiva 2014/17. Aquí, ARROYO AMAYUELAS («Crédito inmobiliario y solvencia negativa: sanciones para el prestamista y remedios para el prestatario» en SÁNCHEZ LERÍA y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ (coords.), *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*, Reus, Madrid, 2018, p. 162) reconoce que este Considerando solo se refiere, efectivamente, a normas de supervisión).

Tanto se basan las Directivas en el comportamiento de la entidad en el mercado que solo deducen directamente consecuencias de tipo civil-contractual para impedir que el prestamista anule o modifique el contrato ulteriormente, en caso de una evaluación incorrecta, salvo que la corrección obedeciese a un engaño del consumidor sobre su solvencia, con el fin de obtener crédito (Arts. 18.4 Directiva 2027/17 y 18.7 Directiva 2023/2225).

²³ De hecho, el Cdo. 83 Directiva 2014/17 es claro cuando dice que «los Estados Miembros pueden decidir que ciertos aspectos contemplados en la presente Directiva, como la evaluación de la solvencia del consumidor, se transpongan al Derecho nacional mediante normativa prudencial, mientras que otros, como la obligación de los prestatarios de actuar de manera responsable, se transpongan por medio del Derecho civil o del Derecho penal». Es

contrato en particular. Es decir, las Directivas no proporcionan un derecho o remedio al consumidor para hacer valer ese deber frente a la entidad. Bien leída, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no contradice esta posición.

(a) En *Le Crédit Lyonnais SA* el Tribunal de Justicia aludía a los objetivos generales (macroeconómicos) a los que la evaluación de la solvencia sirve. El caso resolvía la cuestión prejudicial sobre el deber de evaluar la solvencia según el Derecho francés, que establecía una sanción civil-contractual específica (la pérdida del derecho a percibir intereses). El Tribunal incidió en la necesidad de proteger los intereses generales de los consumidores²⁴; pero reconoció que, en su caso, la sanción civil queda a discreción de los Estados Miembros²⁵. Esto explica que no pueda atribuirse un alcance jurídico pleno a la calificación de «deber precontractual» con la que el Tribunal de Justicia describe al deber de evaluar la solvencia. Se trata de una obligación precontractual a cargo del prestamista, pero para garantizar el buen funcionamiento del mercado del crédito; no para crear un derecho en forma de pretensión a favor de los consumidores individuales²⁶. Esta distinción es crucial. Y es la que revela que sancionar el incumplimiento del deber mediante acciones individuales del consumidor quedase fuera del ámbito del entonces vigente Art. 23 de la Directiva 2008/48²⁷.

En el caso, el Tribunal de Justicia analizó la sanción civil, porque el legislador francés había otorgado a la evaluación de la solvencia un sentido adicional de protección al consumidor individual, incorporando consecuencias en el Derecho de contratos. Esto no es una obligación impuesta por las Directivas. La transposición nacional del deber de evaluar la solvencia puede transformar una obligación de control del comportamiento de las entidades de crédito en una norma adicional de protección al consumidor individual. Cuando el legislador nacional extiende esta protección al Derecho de contratos, el deber de evaluar la solvencia se convierte también en un derecho subjetivo del consumidor, que este puede tutelar. Sin embargo, esta caracterización no es impuesta por el Derecho de la Unión Europea, y el Tribunal de Justicia no lo contradijo en *Le Crédit Lyonnais SA*²⁸.

(b) En *OPR-Finance*, el Tribunal de Justicia decidía sobre la sanción de nulidad, que el Derecho checo sometía a un plazo de prescripción de 3 años y convivía con multas administrativas. En tal contexto, el Tribunal de Justicia hizo suyo el razonamiento de la AG Kokott, argumentando que las sanciones administrativas no garantizan por sí solas una protección eficaz de los

decir, la Directiva no piensa en una obligación de tipo civil, que necesariamente se trasponga a través de esas normas, cuando regula el deber de evaluar la solvencia (como sí lo hace ante otras obligaciones que reconoce).

²⁴ Literalmente, de «garantizar a todos los consumidores de la Unión un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses y facilitar el desarrollo de un mercado interior eficaz del crédito al consumo» (STJUE 27.03.2014 – C-565/12 – EU:C:2014:190, párr. 42).

²⁵ *Ibid*, para. 43 *in fine*.

²⁶ HERRESTHAL, «*Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 13, 2014, p. 499.

²⁷ *Ibid*.

²⁸ De este modo, cobra además sentido el párrafo 44 (que sigue a los dos anteriores) en *LCL Le Crédit Lyonnais SA*: «A este respecto, es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al principio de cooperación leal, consagrado actualmente en el artículo 4 TUE, apartado 3, los Estados miembros, aunque conservan la facultad de elegir las sanciones, deben velar por que las infracciones del Derecho de la Unión sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y que, en todo caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio».

consumidores frente al sobreendeudamiento e insolvencia, ya que no afectan a la situación de un consumidor concreto con un contrato de crédito incumplido según el artículo 8 de la Directiva 2008/48²⁹. Sin embargo, esta afirmación se debe entender realizada en su contexto. Por dos razones. *Primero*, porque el punto de partida del caso era que el legislador nacional ya había previsto, junto con la sanción administrativa, una sanción civil; la cual se tenía que aplicar en virtud del principio de eficacia³⁰. Esto es, al igual que Francia, la República Checa había ido más allá y convertido al deber de evaluar la solvencia en una norma de protección. Segundo, porque en este contexto, había quedado acreditado que la aplicación de las sanciones administrativas era inexistente³¹. Así las cosas, lo máximo que puede decirse es que, en *OPR-Finance*, el Tribunal de Justicia declaró que el deber de evaluar a solvencia es una norma de protección al consumidor concreto en aquellos ordenamientos en los que el legislador nacional ha ampliado la protección, reconociendo un derecho subjetivo a favor del consumidor.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia no declara que la obligación de evaluar la solvencia de las Directivas represente, por sí misma, una norma de protección individual al consumidor específico, más allá de la protección genérica frente al sobreendeudamiento y la insolvencia para garantizar el correcto funcionamiento del mercado de crédito³². Otra cosa es que el legislador nacional decida extender la protección (y ahí está la clave, como se ha visto en *Le Crédit Lyonnais SA* y en *OPR-Finance*).

3.2. Un sistema administrativo de sanciones al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia puede bastar para cumplir los objetivos de las Directivas

Frente al hecho de que el deber de evaluar la solvencia no representa una norma de protección individual, surge el argumento de que las sanciones administrativas son insuficientes. Según esta perspectiva, solo reconociendo esta obligación como una norma de protección al consumidor individual se pueden alcanzar los objetivos de las Directivas³³. Dejando a un lado que esta aproximación representa una petición de principio –porque el carácter de norma de protección individual del deber de evaluar la solvencia es lo que se debe demostrar– existen dos razones en contra de esta posición:

²⁹ Conclusiones AG KOKOTT, 19.11.2019, C-616/18 y C-679/18 – EU:C:2019:975, para 82: «En cualquier caso, es cuestionable ya de por sí que la mera posibilidad de que una autoridad supervisora imponga sanciones en caso de incumplimiento de obligaciones por parte del prestamista sea suficiente para cumplir los requisitos del artículo 23 de la Directiva sobre el crédito al consumo. Habida cuenta de que, mediante la evaluación de la solvencia del consumidor, también se pretende ofrecer a este una protección individual, las sanciones mencionadas no brindan una posibilidad suficientemente efectiva de lograr la protección conferida por el artículo 8 de la Directiva sobre el crédito al consumo, dado que con medidas generales de supervisión no se ayuda en concreto al consumidor afectado». Cfr. STJUE 05.03.2020, C-679/18 – EU:C:2020:167, para 38.

³⁰ STJUE 05.03.2020, C-679/18 – EU:C:2020:167, para 39.

³¹ STJUE 05.03.2020, C-679/18 – EU:C:2020:16, para 38; Conclusiones AG KOKOTT, 19.11.2019, C-616/18 y C-679/18 – EU:C:2019:975, para 81.

³² Además de las dos sentencias hasta ahora analizadas en este apartado, véase la STJUE 20.06.2021, *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)*, C-303/20 – EU:C:2021:479, paras 28-30.

³³ Así, CUENA CASAS, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 764, 2017, pp. 2879-2880; ARROYO AMAYUELAS en *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*, 2018, p. 163. En Alemania, HOFFMANN/BARTLIZ, «Die Bonitätsprüfungspflicht bei Personenmehrheiten im Verbraucherdarlehensrecht», *Archiv für die civilistische Praxis*, 6, 2020, pp. 911-920.

(a) *Primero*, porque este enfoque se basa en la premisa de que los bancos tienen incentivos para omitir la evaluación de la solvencia³⁴. La evidencia apunta en sentido contrario: las entidades financieras tienen sólidos incentivos para verificar la solvencia de sus deudores, ya que quienes fallan sistemáticamente en esta evaluación pueden enfrentarse a restricciones operativas y a un importante riesgo reputacional³⁵. No resulta exagerado afirmar, en este contexto, que la reputación constituye uno de los activos más valiosos para las sociedades, especialmente aquellas de mayor envergadura³⁶.

(b) *Segundo*, porque un sistema de sanciones administrativas es el instrumento que generalmente servirá para garantizar el funcionamiento de mercado y la protección general de los consumidores³⁷, como lo demuestra la experiencia del Reino Unido³⁸. Las sanciones previstas por

³⁴ Véase, sin embargo, ÁLVAREZ LATA, en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, 2014, sec. IV.1. La autora alude a situaciones en las que, a su juicio, no habría demasiado interés por las entidades en evaluar la solvencia. Por ejemplo, los recursos a la transferencia del riesgo a través de titulizaciones o las garantías personales ofrecidas por terceros. Pero estos ejemplos aluden, más bien, a garantías o recursos a disposición de cualquier entidad en caso de *default* de sus deudores. No constituyen incentivos –entendiendo como tales los estímulos que empujan a hacer algo o no hacerlo– de las entidades para soslayar un paso elemental de control interno. Asume la misma posición ARROYO AMAYUELAS, *Revista Da Faculdade Da Universidade Do Porto De Direito*, 2020-2021, pp. 226-227, quien también alude a la aprobación rápida de créditos, para ganar cuota de mercado y a la vinculación de los salarios de muchos empleados al volumen de operaciones. No obstante, ninguno de estos dos últimos puntos revela que las entidades tengan, por sí, un incentivo a no evaluar la solvencia, cuando su negocio depende de la capacidad de los clientes para pagar sus préstamos. Ambos puntos revelan que existen características de competencia en el mercado (aprobación rápida de créditos) u organizacionales (estructuras de incentivos) que pueden conducir a una no evaluación de la solvencia. Pero esto no implica que los bancos tengan un incentivo evidente para contratar sin evaluar la solvencia.

³⁵ El sector financiero está sometido a un elevado riesgo reputacional y escrutinio, tras la crisis financiera de 2008. Solo así se entiende la normativa internacional dedicada a la gestión de dicho riesgo, entre otros. Así, sin ánimo de exhaustividad: (i) las medidas internacionales del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (Basilea III); y (ii) la Dodd-Frank Wall Street Reform.

³⁶ Véase, ampliamente, MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA, «El gobierno corporativo por medio de la reputación» en Martínez-Echeverría (dir.), *Gobierno corporativo, sostenibilidad y reputación*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, (versión electrónica), sec. I.

³⁷ HERRESTHAL, «*Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*», 13, 2014, p. 499.

³⁸ En el Reino Unido, la *Financial Conduct Authority* (FCA) tiene establecidas reglas a la hora de evaluar la solvencia de los prestatarios, las cuales se concretan en el *Consumer Credit Sourcebook*. La Sección 5.2A de este instrumento establece la obligación de evaluar la solvencia. Cuando un prestamista incumple esta obligación, se expone a que la FCA le imponga sanciones regulatorias, tales como multas y restricciones a sus operaciones. Fue lo sucedido en el caso *TFC Loans Limited* (Final Notice - TFS Loans Limited (In Administration) – Ref. No. 724439). TFS Loans Limited (TFS), un prestamista de avales entró en concurso en febrero de 2022. En este contexto, la FCA inició una investigación que desembocó en una sanción pecuniaria de 811.900 libras debido a una inadecuada evaluación de la solvencia de los avalistas vinculados a préstamos concedidos entre noviembre de 2015 y abril de 2018. Esta multa formaba parte de una exigencia más amplia de que TFS ofreciera reparación a los avalistas afectados, muchos de los cuales resultaron ser financieramente vulnerables e incapaces de hacer frente a las garantías que habían suscrito. En lo que interesa, la FCA estableció que TFC (i) no llevó a cabo evaluaciones adecuadas de la solvencia de aproximadamente 3.150 avalistas, lo que dio lugar a riesgos significativos de dificultades financieras cuando se pidió a estas personas que cubrieran los reembolsos de los préstamos; y (ii) no tuvo en cuenta información financiera esencial sobre los avalistas, como sus gastos domésticos, lo que podría haber influido en su capacidad para cumplir sus obligaciones como avalistas.

El Derecho inglés permite también ejercitar acciones civiles, como se aprecia en el caso *Michelle Kerrigan and 11 others v. Elevate Credit International Limited (t/a Sunny)*, [2020] EWHC 2169 (Comm), tratado más abajo en nota 99. Por el momento solo conviene advertir que un sistema de sanciones administrativas también puede ser eficaz.

Derecho español, que no ha traspuesto una norma que vaya más allá de la supervisión, sirven a este objetivo³⁹. Cuestión distinta es su grado de aplicabilidad⁴⁰.

Visto lo anterior, la razón por la cual el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia debe llevar aparejadas (o no) sanciones de tipo civil-contractual se debe buscar en otro lugar; a saber: en el Derecho de contratos.

3.3. El deber de evaluar la solvencia como obligación de Derecho civil nacional para prevenir el incumplimiento del contrato de préstamo

El Tribunal de Justicia reconoce que el deber de evaluar la solvencia es un «deber precontractual»⁴¹. Sin embargo, esta calificación no implica consecuencias directas en el Derecho civil contractual nacional, ya que es un deber creado por el legislador europeo y debe interpretarse de manera autónoma⁴². La lógica del Derecho privado sugiere que, una vez reconocido este «deber precontractual», atribuirse una consecuencia jurídica en el plano

³⁹ En este sentido, ALFARO ÁGUILA REAL, «La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo», *Blog de Derecho Mercantil*, 2014. Las sanciones administrativas en Derecho español se recogen en el Art. 34 LCC, que establece que el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia prevista en el Art. 14 constituye una infracción grave, cuando no tiene carácter ocasional o aislado. Por su parte, los Arts. 44 y ss. LCCI reconocen una serie de sanciones administrativas, en función de la conducta, grave o muy grave, de las entidades.

⁴⁰ Habitualmente se cita el siguiente reporte del Fondo Monetario Internacional. Country Report No. 17/345 (November 2017): «Spain financial sector assessment program technical note on supervision of Spanish banks—select issues», para 179: «*Monetary fines should be used more frequently, together with other sanctioning tools. No monetary fines have been imposed or contemplated in respect of infringements of prudential rules. Also, no sanction has been imposed in the last five years for incomplete or inaccurate reporting: the procedure was initiated only once, and the bank complied immediately*». Sin embargo, se debe notar que el reporte no hace referencia expresa al incumplimiento de las normas de evaluación de la solvencia del prestatario-consumidor. Aun así, el grueso de la doctrina española considera que el sistema español de sanciones administrativas es ineficiente. Así, CUENA CASAS, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 764, 2017, pp. 2979, 2885, 2889; MARÍN LÓPEZ, «La obligación de evaluar la solvencia del prestatario en la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 50, 2019, (versión electrónica), p. 24.

⁴¹ STJUE 27.03.2014, C-565/12 – EU:C:2014:190, párr. 42.

⁴² En este sentido, HERRESTHAL, «*Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*», 13, 2014, p. 499, quien sostiene que la calificación del deber de evaluar la solvencia como «deber precontractual» por el Tribunal de Justicia no añade nada ni permite equiparar este deber dentro de las obligaciones precontractuales que el Derecho alemán reconoce en el § 311 II BGB.

contractual⁴³. En efecto, este era el enfoque de la Comisión Europea en la Propuesta de Directiva de crédito al consumo de 2002⁴⁴ (**Propuesta de Directiva de 2002**)⁴⁵:

«El principio de «préstamo responsable» constituye una obligación de medios que se traduce, en particular, en la consulta de bases de datos centralizadas y el examen de las respuestas del consumidor o el avalista, la petición de establecer dispositivos de seguridad, la verificación de los datos aportados por intermediarios de crédito y el tipo de crédito ofrecido. No se trata de una obligación de resultado, como la existencia --o ausencia-- de un fallo del consumidor. Por otra parte, estas normas de prudencia exigen una apreciación de los hechos, que deben examinarse caso por caso, preferentemente por las autoridades judiciales. No obstante, la evaluación por parte del prestamista de la capacidad de reembolso del consumidor no es neutra: el prestamista compromete su responsabilidad contractual y, a este respecto, conviene destacar la relación entre la suscripción del contrato y esta evaluación previa».

Resulta evidente que el legislador europeo reconoció que introducir un deber de evaluar la solvencia implicaba también introducir un elemento en el Derecho de obligaciones y contratos. Es decir, las externalidades contractuales del deber de evaluar la solvencia no fueron ignoradas durante el proceso legislativo. Sin embargo, esto no implica que la Directiva 2008/48 estableciese una obligación de carácter civil ni una norma que otorgase protección individual al consumidor-prestatario. El objetivo era establecer una obligación del prestamista en el contexto de la supervisión de las entidades bancarias en el mercado, dejando los efectos contractuales al margen, lo cual se ha mantenido hasta la Directiva 2023/2225. Para el legislador europeo, el deber de evaluar la solvencia constituyó un saliente regulatorio en el Derecho de contratos cuya concreción quedaba en manos del legislador nacional. De esta manera, se entiende la laxitud del

⁴³ Por ejemplo, Tribunal Supremo de Países Bajos (*Hoge Raad*) tiene dicho que el deber de evaluar la solvencia ya existía en el Derecho privado holandés, como deber precontractual de cuidado al que están obligadas las entidades financieras, incluso antes de su introducción por medio de la regulación de supervisión financiera. Véase, BRASPENNING, «Mortgage credit in the Netherlands», *Journal of European Consumer and Market Law*, 4, 2017, p. 182.

En una línea similar, la Sala 1.^a del TS ha declarado en otros contextos que una evaluación defectuosa de la solvencia debe encontrar consecuencias en el Derecho privado, cuando el tipo de negocio y la posición de la parte que luego sería afectada por la insolvencia así lo aconsejan. Fue el caso de la STS 942/2003, Civil, de 12 de febrero de 2003 (Roj: STS 6362/2003 - ES:TS:2003:6362). La Sala 1.^a reconoció que la falta de comprobación de la solvencia de la sociedad con la que se contrataba impedía ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores de la sociedad cuya solvencia no había sido comprobada por el acreedor: «Sería una *rémora importantísima para la rapidez de las transacciones mercantiles que hubiera que acudir al Registro Mercantil para enterarse de la solvencia de la persona con quien se quiere concertar una operación, salvo que se trate de profesionales a los que el uso de los negocios impone investigar dicha solvencia. No obstante, existen situaciones muy cualificadas en que ello es una carga inevitable en lógica comercial, y es cuando hay motivos suficientes o indicios racionales de la insolvencia. No puede amparar la norma al que se despreocupa de ello y opera sin ninguna cortapisa, por ejemplo, suministrando géneros al cliente de solvencia sospechosa. No puede pretender que jueguen entonces a su favor la imposición de la solidaridad de los administradores con la sociedad para el pago de las deudas sociales, no se actuaría entonces de la manera razonable, honesta y adecuada a las circunstancias de acuerdo con el art. 7.1 Cód. civil*».

⁴⁴ Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores /* COM/2002/0443 final - COD 2002/0222 */

⁴⁵ Art. 9 Propuesta de Directiva de 2002: «Artículo 9 Préstamo responsable. Si un prestamista suscribe un contrato de crédito o de garantía, o aumenta el importe total del crédito o el importe garantizado, se supone que ha estimado previamente, por cualquier medio a su disposición, que el consumidor y, en su caso, el avalista, podrán razonablemente cumplir las obligaciones que se deriven del contrato».

Tribunal de Justicia al evaluar la compatibilidad de una determinada consecuencia civil con las Directivas⁴⁶.

Que convertir el deber de evaluar la solvencia en una obligación de Derecho civil corresponda al legislador nacional es coherente con el hecho de que el Derecho de contratos no es materia armonizada en la Unión Europea⁴⁷. La cuestión que surge automáticamente es si el legislador nacional debería reconocer consecuencias civil-contractuales al incumplimiento de dicho deber. La respuesta a esta cuestión es afirmativa desde un punto de vista dogmático, como veremos a continuación.

No es ocioso detenerse en la importancia de la dogmática civil⁴⁸. La dogmática es la ordenación teórica y abstracta del derecho, que es esencial para abordar y resolver adecuadamente cuestiones prácticas relevantes. Solo con la dogmática es como se pueden garantizar soluciones jurídicas coherentes y sistemáticas, presentando las normas en su relación sistemática. De este modo, la dogmática ofrece un marco teórico que ayuda a interpretar y aplicar el Derecho efectivamente en casos concretos; a resolver problemas prácticos. Una buena dogmática precisa el sentido de las normas y sirve para aliviar y facilitar la aplicación práctica del Derecho, evitando decisiones que, en el mejor de los casos, se basan en el sentido común y, en el peor de ellos, en la equidad.

El deber de evaluar la solvencia influye en la formación del contrato de préstamo y en el reparto de riesgos desde la fase precontractual, buscando mitigar el riesgo de impago. Se pretende prevenir la celebración de contratos que el prestatario no pueda cumplir. Por ello, la imposición de la evaluación de solvencia impacta en el Derecho nacional de contratos⁴⁹. En efecto, la obligación de evaluar la solvencia transmite el mensaje de que los contratos de crédito entre entidades financieras y consumidores deben cumplirse, debido al alto coste social y económico del incumplimiento masivo. El legislador busca prevenir el incumplimiento de estos contratos, en favor de una de las partes de la relación obligatoria; un enfoque que no resulta ajeno a la tradición jurídico-privada⁵⁰. Consciente de que las causas de incumplimiento de un contrato de préstamo pueden ser variadas (despido, enfermedad, separación, divorcio, o incluso a la propia personalidad del consumidor⁵¹), el legislador se centra en el aspecto más controlable durante la

⁴⁶ Paradigmático es el caso STJUE 10.6.2021, *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)*, C-303/2020 – EU:C:2021:479. En los parás 39 a 45, el TJUE evalúa las medidas de (i) pérdida del derecho a intereses; (ii) fraccionamiento de la ejecución del contrato en tramos que no generan intereses; y (iii) nulidad de determinadas cláusulas. Véase, además, análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, supra II.2.

⁴⁷ Véase, WHITTAKER, «The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract», *European Review of Contract Law*, 7(3), 2011, pp. 371 ss.

⁴⁸ Al respecto, véase solamente, JANSEN, «Rechtsdogmatik, Rechtswissenschaft und juristische Praxis», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 143(4), 2018, pp. 623 ss.

⁴⁹ En este sentido, FERRETTI, «Peer-to-Peer Lending and EU Credit Laws: A Creditworthiness Assessment, Credit-Risk Analysis or ... Neither of the Two?», *German Law Journal*, 22, 2021 p. 107.

⁵⁰ Así, por ejemplo, cuando establece la pérdida del deudor a su derecho a utilizar el plazo (Art. 1129 CC); la pérdida del derecho de elección del deudor, en las obligaciones alternativas, cuando solo una de las obligaciones fuera realizable (Art. 1134 CC); la pérdida de toda preferencia sobre la cosa consignada que tuviere el acreedor que autorizase al deudor para retirarla (Art. 1181 CC); o la exención al vendedor de entregar la cosa vendida, si se descubre que el comprador es insolvente, con riesgo de pérdida del precio (Art. 1467 CC). En una línea, similar, el mismo Código civil ya impone consecuencias a uno de los contratantes cuando, por el tipo de contrato y la razón de su arte y oficio, este tuvo que anticipar lo que ampliamente hoy denominamos incumplimiento.

⁵¹ ARROYO AMAYUELAS, «La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», *InDret*, 2/2017, p. 24, CUENA CASAS, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 764,

fase precontractual: el prestamista, imponiéndole la obligación de evaluar la solvencia. Así, el deber de evaluar la solvencia busca evitar el incumplimiento del contrato por causas imputables al prestamista⁵².

En este contexto, tiene todo el sentido que el legislador nacional reconozca incentivos en el ámbito civil-contractual, los cuales favorezcan el cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Pero no está obligado a ello. Dicho de otro modo, dogmáticamente es aconsejable que el legislador nacional que incorpora esta norma –de supervisión, de garantía del buen funcionamiento del mercado, y de protección general de los consumidores– convierta al deber de evaluar la solvencia en un derecho subjetivo para el consumidor. Para ello, tiene que anudar consecuencias civiles, que permitan al consumidor reclamar en caso de incumplimiento. Las Directivas llaman a estos incentivos «sanciones», aunque bien pueden llamarse remedios⁵³.

3.4. Recapitulación y conclusión parcial

El deber de evaluar la solvencia, reconocido por las Directivas, no tiene como objetivo la protección directa del consumidor concreto en el contrato, sino la supervisión del comportamiento de las entidades de crédito en el mercado y la protección de los consumidores en general. Las Directivas no crean un derecho subjetivo, cuya protección se ponga a disposición del consumidor. Por eso, que se trate de un «deber precontractual», como tiene declarado el Tribunal de Justicia, no permite automáticamente deducir la existencia de una acción individual del consumidor. Su aplicación puede garantizarse mediante multas administrativas. Lo que ocurre, sin embargo, es que, al afectar también al Derecho civil de obligaciones en su fase precontractual –siendo su objetivo incentivar el cumplimiento de esta clase de contratos–, resulta dogmáticamente aconsejable que el legislador nacional reconozca a los consumidores un derecho subjetivo, poniendo a su disposición la protección jurídica y la tutela de su interés frente a las entidades. Es decir, aunque las Directivas no creen un derecho subjetivo a favor de los consumidores, es recomendable que la trasposición nacional así lo haga. Para ello, es necesario incorporar sanciones civiles adicionales. No ha sido el caso de España. Aquí, el legislador ha descartado la posibilidad de incorporar consecuencias civiles por el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia⁵⁴.

2017, pp. 2880, 2896, 2895; WALSH, «La Directiva (UE) 2023/2225, Relativa a los contratos de crédito al consumo, en el derecho alemán y español: crédito responsable y evaluación de la solvencia», *Boletín Del Ministerio De La Presidencia, Justicia y Relaciones Con Las Cortes*, (2284), 2025, pp. 32-33), este último autor advierte sobre la relevancia de la estructura de la personalidad del consumidor.

⁵² Como luego se verá, esta idea es fundamental para entender cuál haya de ser la consecuencia civil más adecuada para reaccionar al incumplimiento del prestamista. *Infra*, VI. 3 y 4.

⁵³ En este sentido, ARROYO AMAYUELAS en *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*, 2018, p 164. El problema del lenguaje de las sanciones es que conduce a un debate estéril para el asunto que nos ocupa: el de si cabe o no establecer sanciones en el Derecho privado y, en caso afirmativo, en qué medida. Este debate oscurece la cuestión elemental en todo este asunto: si el legislador puede incentivar también en el plano contractual-civil el cumplimiento (el no incumplimiento) de los contratos de crédito por el prestatario; y en qué medida.

⁵⁴ Durante el procedimiento de transposición de la Directiva 2014/17, el Grupo Parlamentario Socialista introdujo la enmienda núm. 99 al Art. 9.4 del Proyecto de Ley la cual perseguía introducir una sanción civil por la incorrecta evaluación de la solvencia del prestatario, generando una exoneración total de los intereses remuneratorios y de demora en caso de incumplimiento de la obligación de pago: «*La incorrecta evaluación de la solvencia no otorgará al prestamista la facultad de rescindir o modificar ulteriormente el contrato de préstamo en detrimento del prestatario, salvo que se demuestre que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información.* En caso de que no

4. El sistema español: la inexistencia de sanciones civiles y la búsqueda de alternativas de *lege lata*

En España se han planteado diferentes alternativas para superar el hecho de que el legislador español no haya incorporado una consecuencia civil-contractual al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Ninguna de estas opciones resulta convincente.

4.1. ¿Prohibición de contratar?

Un amplio sector doctrinal entiende que las Directivas imponen una prohibición de contratar, en el caso de que el resultado del test de solvencia sea negativo⁵⁵. Esta posición se alimenta, fundamentalmente, de la literalidad del Art. 18.6 Directiva 2014/17 (Art. 11.5 LCCI). Un punto de vista similar se atisba en otros ordenamientos, como el francés⁵⁶; y es, de hecho, la opción

haya concurrido dicha ocultación o falsificación, la incorrecta evaluación de la solvencia imputable al prestamista, con independencia de las sanciones administrativas que procedan, generará una exoneración total de los intereses remuneratorios pactados y, en caso de mora, una exoneración total de los intereses de demora» (el subrayado es mío). Esta enmienda no fue aprobada por el Congreso.

Igualmente, el Grupo Parlamentario Ciudadanos introdujo las enmiendas núm. 186, 201 y 203. La primera planteaba un Art. 9.8 en los siguientes términos: «Sin perjuicio del régimen sancionador previsto en los artículos 44 y siguientes de la presente ley, cuando el deudor se vea imposibilitado de devolver el préstamo por circunstancias que estaban presentes y eran previsibles en el momento de su concesión, podrá oponerse a la reclamación realizada por el prestamista alegando, en su caso, el incumplimiento por éste de la obligación de evaluar la solvencia o la concesión del préstamo existiendo test negativo. En este caso, el juez acordará la pérdida del derecho del prestamista al cobro de los intereses remuneratorios y moratorios, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La carga de la prueba del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia corresponderá al prestamista». En relación con la norma propuesta, el mismo grupo parlamentario proponía modificar (enmienda núm. 201) el Art. 557 LEC, introduciendo como causa de oposición a la ejecución «que el ejecutante haya incumplido su obligación de evaluar la solvencia del prestatario, conforme a lo previsto en el artículo 9 de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, siempre que el título se encuentre comprendido en su ámbito de aplicación». En caso de verificarse dicho incumplimiento, la misma enmienda proponía una modificación del Art. 561.1.4.^a LEC según la cual «cuando se apreciase que el ejecutante ha incumplido su obligación de evaluar la solvencia del prestatario, el auto que se dicte despachará ejecución únicamente por la cantidad que se reclame en concepto de principal, quedando excluidos los intereses ordinarios y moratorios, tanto los vencidos como los que puedan devengarse durante la ejecución». Esta enmienda tampoco fue objeto de aprobación durante la tramitación parlamentaria. En fin, una enmienda núm. 203 proponía aplicar el mismo régimen de sanciones civiles en el Art. 14 LCC.

⁵⁵ ÁLVAREZ LATA, en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, 2014, sec. V; DÍAZ ALABART, «Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia», en DÍAZ ALABART (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Reus, Madrid, 2015 p. 254; ARROYO AMAYUELAS, *InDret*, 2/2017, p. 26; ANDERSON, «La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español» en ARROYO AMAYUELAS, y SERRANO DE NICOLÁS (dirs.), *La europeización del Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2016, p. 56; ZUNZUNEGUI, «Evaluación de la solvencia», *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 2019, p. 8; MARÍN LÓPEZ, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 50, 2019, p. 22; VECINA AZNAR, «El Derecho español y su adecuación al ordenamiento europeo respecto del deber de evaluación de la solvencia», *CESCO*, 2024 p. 10, quien considera que la contratación tras un resultado negativo en el test de solvencia convierte en nulo al contrato en aplicación del Art. 6.3 CC; WALSH, *Boletín Del Ministerio De La Presidencia, Justicia y Relaciones Con Las Cortes*, (2284), 2025, p. 36).

Para el Derecho de Países Bajos y de Reino Unido, comparte esta posición MAK, «What is responsible lending. The EU Consumer Mortgage Credit Directive in the UK and the Netherlands», *J Consum Policy*, 38, 2015, p. 426. En Alemania, véase, sobre todo, ARTZ, «§ 505a BGB» en *VerbraucherKreditrecht*, 2025, nm 6.

⁵⁶ En Francia, AUBRY, «Mortgage credit in France», *Journal of European Consumer and Market Law*, 4, 2017, p. 175.

legislativa adoptada por Países Bajos⁵⁷, Austria⁵⁸ y Bélgica⁵⁹, que obligan al prestamista a denegar el crédito, si el resultado de la prueba de solvencia es negativo. Pero no es una solución evidente⁶⁰.

(a) *Primero*, porque si bien el TJUE ha aclarado que la obligación de evaluar la solvencia es compatible con una legislación nacional que establece la prohibición de contratar como consecuencia⁶¹, esta aproximación del Tribunal de Justicia no resuelve el problema, de cuál es la consecuencia en caso de contratar incumpliendo dicha prohibición.

(b) *Segundo*, porque tanto el Art. 18.5 Directiva 2017/14 (Art. 11.5 LCCI) como el Art. 18.6 Directiva 2023/2225 solo parecen referirse a una prohibición de contratar, cuando el resultado de la prueba de solvencia es negativo. Sin embargo, las mismas normas no establecen una prohibición similar, cuando el test se omite. Por eso, si la concesión de crédito «a ciegas» no impide contratar, la concesión de crédito con un test negativo tampoco puede hacerlo, so pena de incurrir en una grave incongruencia valorativa. De hecho, se otorga libertad contractual al prestamista para no contratar, incluso aunque el resultado del test de solvencia sea positivo⁶².

Desde el proceso de elaboración de la Directiva 2008/48, la Comisión Europea ha mostrado una orientación favorable a preservar la libertad de contratar, con el objetivo de no restringir en exceso el acceso al crédito por parte de los consumidores⁶³. En este contexto, el artículo 18.5 a) Directiva 2014/17 ciertamente supuso un cambio significativo, que el Art. 18.6 Directiva 2023/2225 parece incluso reforzar, al establecer que el prestamista «no pondrá el crédito a disposición», si la evaluación de solvencia no indica que sea probable el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Esta redacción se puede interpretar como una manifestación clara de una prohibición de contratar en caso de evaluación negativa. Sin embargo, esta conclusión no resulta inequívoca⁶⁴. A mi juicio, la norma debe leerse a la luz de su proceso de gestación, en el que se contemplaba expresamente la posibilidad de conceder crédito incluso tras una evaluación negativa, en circunstancias

⁵⁷ BRASPENNING, *Journal of European Consumer and Market Law*, 4, 2017, pp. 181-182.

⁵⁸ § 9 (5) I Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz.

⁵⁹ Art. VII.77 § 2 Code de Droit économique – 28 Février 2013: «*Le prêteur ne peut conclure de contrat de crédit que si, compte tenu des informations dont il dispose ou devrait disposer, il doit raisonnablement estimer que le consommateur sera à même de respecter les obligations découlant du contrat*».

⁶⁰ NASARRE AZNAR/SIMÓN MORENO, «Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 139, 2015, pp. 13 y 19.

⁶¹ STJUE 06.06.2019, C-58/18 – EU:C:2019:467, *Belfius Banque*, S.A.

⁶² Cdo. 57, Directiva 2014/17.

⁶³ Véase, Comisión Europea, Memo/02/252, Q&A on consumer credit, pregunta 3: «3) Will the new directive make it more difficult for consumers to get credit? For example, will the principle of responsible lending force credit companies to turn down loan requests from consumers with a high debt to income ratio, say over 50%? The directive is about protecting consumers against abuse, not about restricting the supply of credit. Though the directive lays down some new rules, it still leaves consumers free to apply for credit and credit companies free to grant it. We do not believe that higher standards of protection will reduce consumers' access to credit. Looking specifically at the principle of responsible lending, all this requires is that credit companies carry out an honest assessment of the consumers' ability to make repayments. There is no threshold debt to income ratio implied in the principle».

⁶⁴ En este sentido, en su momento, HOFFMANN, *Neue Juristische Wochenschrift*, 25, 2010, p. 1785; más recientemente, WEBER, «§505d BGB» en *Münchener Kommentar zum BGB*, 9.ª ed., 2023, nm 8.

justificadas⁶⁵. Aunque la versión final del precepto no recoge de forma explícita esa excepción, sí remite a los «factores pertinentes para verificar las perspectivas de cumplimiento» mencionados en el apartado primero. Esta remisión permite sostener que, bajo ciertas condiciones, el legislador europeo no ha excluido por completo la posibilidad de conceder crédito a pesar de una evaluación desfavorable. Antes bien, la idea de las Directivas sigue siendo más cercana a una fórmula más matizada («no pondrá el crédito a disposición»), que sugiere una intención de orientar la conducta del prestamista, no de imponer una prohibición absoluta, como explico en (d).

(c) *Tercero*, porque una prohibición de contratar representa una injerencia en el mercado de crédito y en la libertad contractual, no solo de la entidad financiera, sino también de aquellos ciudadanos que tengan interés en acceder al crédito y que puedan ofrecer garantías adicionales o cuyas perspectivas de ingresos puedan verse mejoradas en el futuro⁶⁶.

(d) *Cuarto*, porque no parece plausible que el legislador europeo haya querido introducir una limitación sustancial a la libertad de empresa —reconocida en el artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea— sin hacerlo de forma expresa (cfr. Art. 17 Directiva 2023/2225, que sí habla de prohibición). Es más, la Propuesta de Directiva de Crédito Inmobiliario de 2011 incluía una norma mucho más clara en el sentido de prohibir contratar⁶⁷, que no sobrevivió al procedimiento legislativo en estos términos⁶⁸, y que se vio modificada

⁶⁵ El Art. 18.4 II de la Propuesta de Directiva de crédito al consumo de 2021, de 30 de junio de 2021 (COM(2021) 347 final) establecía: «No obstante lo dispuesto en el párrafo primero, cuando el resultado de la evaluación de solvencia indique que no es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito o del contrato para la provisión de servicios de crédito de financiación participativa se cumplan de la forma requerida en dicho contrato, el prestamista o el proveedor de servicios de crédito de financiación participativa podrá, excepcionalmente, poner crédito a disposición del consumidor en circunstancias concretas y bien justificadas». Aquí, la enmienda 144 propuesta por el Parlamento Europeo al Art. 18.4 II de la Propuesta contenía, de hecho, una obligación a cargo de la entidad de informar al prestamista de que se le concedía un crédito a pesar de una evaluación negativa, y del riesgo que ello implica (véase, Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los créditos al consumo, 25.8.2022 - (COM(2021)0347 – C9-0244/2021 – 2021/0171(COD)) - ***I).

Asimismo, el Dictamen del Comité Económico y Social indicaba, en su punto 3.6, que «además, a fin de garantizar una protección adecuada de los consumidores, el CESE invita a la Comisión a detallar más las situaciones en las que, en circunstancias específicas y bien justificadas, los prestamistas tienen derecho, sin ninguna obligación al respecto, a conceder préstamos a los consumidores aunque no superen la evaluación de la solvencia» (2022/C 105/14).

⁶⁶ CUENA CASAS, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 764, 2017, pp. 2894-2895.

⁶⁷ Art. 14.2(a) Propuesta de Directiva de Crédito Inmobiliario de 2011 (/ * KOM/2011/0142 endg. */): «Si la capacidad del consumidor para devolver el préstamo dentro del plazo del contrato de crédito se evalúa negativamente durante la verificación de solvencia, el prestamista denegará la concesión del crédito» (traducción propia a partir de la versión alemana).

⁶⁸ Así, el Cdo. 25 de la Propuesta de Directiva de Crédito Inmobiliario presentada por la Comisión contenía una referencia a la prohibición de contratar que fue suprimido en la fase de enmiendas en el Parlamento Europeo (Véase, Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial - 11.10.2012 - (COM(2011)0142 – C7-0085/2011 – 2011/0062(COD)) - ***I. El texto era el siguiente: «(25) Toda evaluación de solvencia negativa indicará al prestamista que el consumidor no tiene la capacidad de hacer frente al crédito, por lo que no debe concedérsele».

Igualmente, el Art. 14.2(a) de la Propuesta de Directiva de Crédito Inmobiliario fue modificado en fase de enmiendas, por ser la definición propuesta demasiado restringida. La formulación remanente de esta norma pasó a ser: «Siempre que la evaluación de la solvencia del consumidor arroje un resultado negativo en cuanto a la capacidad de este para hacer frente a sus futuras obligaciones de deuda, el prestamista deniegue el crédito».

sustancialmente en el texto finalmente publicado⁶⁹. El cambio de redacción apunta a que el legislador comunitario quiso mantenerse dentro de una fórmula matizada, evitando imponer prohibiciones categóricas en esta materia, y optando en su lugar por un enfoque que incentive — a través de la legislación nacional— una concesión de crédito responsable. A mi parecer, este es el sentido que debe atribuírsele a la expresión «*los Estados Miembros velarán*», y a expresiones similares del resto de versiones⁷⁰. Tales incentivos se deben manifestar a través del régimen de sanciones, administrativas y civiles, nacionales. Prueba de ello es que, al final, los sistemas jurídicos que reconocen formalmente una prohibición de contratar no se limitan a declararla, sino que la acompañan de consecuencias jurídicas concretas.

(g) *Quinto*, porque, de entenderse que el deber de evaluar la solvencia es una norma prohibitiva, la consecuencia debería ser la nulidad del contrato (Art. 6.3 CC)⁷¹. Ello, claro está, salvo que el legislador, al incorporar el deber de evaluar la solvencia al ordenamiento nacional, reconozca expresamente una consecuencia distinta a la nulidad para el caso de contravención. Es el caso, por ejemplo, del Derecho alemán, donde la existencia de una sanción civil concreta permite a sus autores «darse el lujo» de decir al mismo tiempo que (i) se trata de una prohibición de contratar, pero (ii) que la consecuencia no es la ineficacia del contrato⁷². No es el caso del sistema español. En nuestro sistema, sin consecuencia civil legal expresa, abrazar la tesis de la prohibición de contratar obliga a reconocer la ineficacia del contrato, en caso de contravención. Como veremos a continuación, esta sanción civil no resulta adecuada.

4.2. ¿Nulidad del contrato?

La nulidad, por contravención de norma (Art. 6.3 CC), del contrato en el que se ha incumplido el deber de evaluar la solvencia fue descartada por el legislador español durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de la LCCI⁷³. Sin embargo, es una opción que cuenta con adeptos en España⁷⁴. En el terreno judicial, el Juzgado de Primera Instancia N.º 1 de Fuenlabrada representa

⁶⁹ «*Los Estados Miembros velarán porque el prestamista solo ponga el crédito a disposición del consumidor si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan según lo establecido en dicho contrato*».

⁷⁰ Utilizando la literalidad de la Directiva 2023/2225, en sus diferentes versiones (Art. 18.1): «Member States shall require that, before concluding a credit agreement, the creditor carry out a thorough assessment of the consumer's creditworthiness.» (inglés); «Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass der Kreditgeber vor Abschluss eines Kreditvertrags eine eingehende Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers vornehmen muss»; «Les États membres exigent que, avant de conclure le contrat de crédit, le prêteur procède à une évaluation minutieuse de la solvabilité du consommateur» (francés); «Gli Stati membri dispongono che, prima della conclusione di un contratto di credito, il creditore debba effettuare una valutazione approfondita del merito creditizio del consumatore».

⁷¹ En este sentido, ZUNZUNEGUI, «Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios», *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 16, 2014, pp. 151-152; CUENA CASAS, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 764, 2017, p. 2895; VECINA AZNAR, *CESCO*, p. 10.

⁷² Por todos, ARTZ, «§ 505a BGB» en *Verbraucher kreditrecht*, 2025, nm 6. Véase, también, desde España, WALSH, *Boletín Del Ministerio De La Presidencia, Justicia y Relaciones Con Las Cortes*, (2284), 2025, p. 35.

⁷³ Se trata de la enmienda a la totalidad presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Mara, como Art. 9.6 del Proyecto de Ley: «*Constituirá causa de nulidad del contrato hipotecario la negligencia demostrada que implique la concesión de un crédito hipotecario a deudores sin capacidad de pago, comprobada o evidente*».

⁷⁴ NASARRE AZNAR/SIMÓN MORENO, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 139, 2015, pp. 22 y ss., 38 ss.; VECINA AZNAR, *CESCO*, 2024, pp. 7-12; ZUNZUNEGUI, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 16, 2014, p. 151.

otro buen exponente de esta aproximación⁷⁵. La Sentencia *Nárokuj* ha hecho todavía más popular esta opción. Sin embargo, hay buenas razones para descartar esta posibilidad.

(a) *Primero*, porque en *Nárokuj* el demandante era una sociedad mercantil a la que el consumidor había cedido los créditos que podía reclamar frente al prestamista. La entidad prestamista había incumplido la obligación de evaluar la solvencia de acuerdo con lo dispuesto en la legislación checa en trasposición del Art. 8 Directiva 2008/48. Aunque el consumidor reembolsó el préstamo en su totalidad sin objeciones, la sociedad demandante reclamó la diferencia entre el importe del principal del crédito y el importe devuelto, más los intereses legales de demora (35.000 coronas checas, aproximadamente 1400 euros), basándose en el enriquecimiento injustificado. Fue en este contexto donde el Tribunal de Justicia sentenció que los objetivos de evitar el sobreendeudamiento del consumidor y crear un mercado interior eficaz de crédito al consumo pueden verse afectados incluso después del reembolso del crédito.

(b) *Segundo*, porque en *Nárokuj*, la sanción de nulidad era la consecuencia civil prevista expresamente por el Derecho checo⁷⁶. El Derecho español no tiene instruida una consecuencia civil expresa, consistente en la nulidad del contrato.

(c) *Tercero*, porque el Art. 6.3 CC piensa en la contravención de norma imperativa, es decir, en el incumplimiento por el contrato de una verdadera norma de policía que salvaguarda el orden público⁷⁷. Como se ha explicado, el deber de evaluar la solvencia no establece una prohibición pública de contratar⁷⁸. Algún autor ha planteado, entonces, reducir el recurso al Art. 6.3 CC solo cuando el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia se tradujo en un incumplimiento del contrato por el prestatario⁷⁹. Pero este ejercicio se enfrenta a la objeción de que, una vez activada, la nulidad del Art. 6.3 CC no puede depender de si la transgresión de la norma vio o no actualizado el riesgo que pretendía prevenir; y el legislador no ha actuado para establecer una consecuencia distinta o modulada en caso de contravención.

(d) *Cuarto*, porque la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha rechazado la vía de la nulidad en incumplimientos de corte similar, a saber, ante el incumplimiento de la obligación legal de información del art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores⁸⁰.

⁷⁵ Auto de 31 de enero de 2024 del Juzgado de Primera Instancia de Fuenlabrada (Ilmo. Sr. Jesús Alemany Eguidazu – Id Cendoj: 28058420012024200001).

⁷⁶ Según el Derecho checo, el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia lleva aparejada la nulidad del contrato; lo que se aprecia de oficio por el juez. Dicha nulidad implica que el consumidor tenga que devolver el principal del crédito al consumo recibido dentro de un término acorde a sus posibilidades financieras. Es decir, el incumplimiento de evaluar la solvencia del prestatario priva, en la República Checa, al prestamista de los intereses del crédito, con independencia del efecto que dicho incumplimiento haya podido tener en el desarrollo de la relación contractual.

⁷⁷ RUIZ ARRANZ, *La estructura de la restitución contractual*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023. p. 325; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, 4.^a ed., Aranzadi La Ley, 2024, sec. 15/2 y 15/5.

⁷⁸ Supra, IV. 1.

⁷⁹ CARRASCO PERERA, «Efectividad y disuasión en la jurisprudencia europea de consumo. A propósito de *Nárokuj*», *CESCO*, 2024, p. 4,

⁸⁰ Véanse los razonamientos de REDONDO TRIGO, «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 723, 2011, pp. 639, 648; RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cinco años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre contratos swap», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 4, 2018, (versión electrónica), sec. 3.b.

(e) *Quinto*, porque las Directivas ya descartan soluciones que impliquen anular el contrato en detrimento del consumidor⁸¹. Es decir, las Directivas presuponen la validez de un contrato celebrado sin evaluación de la solvencia o con test de solvencia negativo; y lo mismo ocurre en el Derecho español⁸². La razón se explica porque la consecuencia restitutoria que la nulidad llevaría aparejada –la restitución de las prestaciones– perjudica al prestatario-consumidor⁸³. En Derecho español, la nulidad del contrato por contravención de norma conduce a la restitución normal de las prestaciones prevista en el Art. 1303 CC⁸⁴.

4.3. ¿Resolución del contrato?

También se ha planteado que el incumplimiento de la obligación justifica el recurso a la resolución, en tanto que al consumidor no le resulta exigible seguir vinculado a un crédito concedido de manera irresponsable⁸⁵. En líneas generales, la resolución del contrato como consecuencia civil al incumplimiento del deber de evaluar la solvencia se debe rechazar. La principal razón para ello es que la obligación de evaluar la solvencia no constituye una obligación precontractual capaz de integrar el contenido del contrato y, con ello, el deber de prestación de la parte que incumple⁸⁶, como sucede con la información precontractual, incluida la publicidad⁸⁷. A ello se añade que la consecuencia jurídica de la resolución –la restitución integral de las prestaciones– nos sitúa en el mismo problema que se acaba de exponer para la nulidad⁸⁸.

4.4. ¿Responsabilidad civil extracontractual?

⁸¹ Arts. 18.4 Directiva 2014/17 y 18.7 Directiva 2023/2225.

⁸² El Art. 29.1 II LES establece que el deber de evaluar la solvencia se entiende sin perjuicio de la libertad de contratación. El Art. 18.6 Orden 2899/2011, que desarrolla el Art. 29 LES en este punto, establece que el incumplimiento en el deber de evaluar la solvencia no afecta a la plena validez y eficacia del contrato.

⁸³ ANDERSON, en *La europeización del Derecho privado*, 2016, p. 57, quien si bien entiende que la consecuencia dogmática sería la nulidad; BUCK-HEEB, «Rechtsfolgen fehlender oder fehlerhafter Kreditwürdigkeitsprüfung. Das neue Verbraucherkreditrecht nach Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie», *Neue Juristische Wochenschrift*, 29, 2016, p. 2067; MARÍN LÓPEZ, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 50, 2019, pp. 23, 25.

⁸⁴ RUIZ ARRANZ, *La estructura de la restitución contractual*, 2023, pp. 527-533. Aunque el Art. 1303 del Código Civil está pensado para la compraventa, puede adaptarse a los contratos de cesión de uso, como los préstamos. En estos casos, la nulidad del contrato llevaría a una compensación de las prestaciones: el uso del capital por parte del prestatario y los intereses pagados por el prestamista, además de la obligación del prestatario de devolver el capital. Este escenario puede tener consecuencias indeseables, tanto si el prestatario incumple el contrato por insolvencia como si no. En el primer caso, el prestatario no podría devolver el capital prestado. En el segundo, se terminaría un contrato en ejecución sin incumplimientos, lo que podría fomentar comportamientos oportunistas, como anular préstamos antiguos para aprovechar mejores condiciones de interés actuales.

⁸⁵ ÁLVAREZ LATA, en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, 2014, sec. V.

⁸⁶ En similar sentido, MARÍN LÓPEZ, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 50, 2019, p. 25.

⁸⁷ En este sentido, véase ELIZALDE IBARBIA (2016, pp. 222 y ss., 292 y ss.).

⁸⁸ Como mucho, podría decirse que la entidad financiera no puede dar por terminado el crédito, ni resolverlo, en el caso en el que esta haya incumplido el deber de evaluar la solvencia; pero que, a contrario, el consumidor-prestatario sí puede. Así lo sugiere, ALFARO ÁGUILA REAL, «La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo», *Blog de Derecho Mercantil*, 2014. El problema es que se antoja difícil pensar en un supuesto en que al consumidor le convenga esta opción, fuera de los casos en los que ya se hayan cumplido enteramente las prestaciones. Como explicaré más adelante (*infra*, 5.1), la consecuencia civil-contractual al incumplimiento del deber de evaluar la solvencia solo debería activarse cuando el objetivo perseguido por el legislador –que el consumidor no incumpla el contrato– no se cumpla.

Otro importante sector doctrinal apunta a canalizar el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia a través de la responsabilidad civil extracontractual⁸⁹. En esta tesis, la entidad financiera incurriría en culpa *in contrahendo* que permitiría al prestatario-consumidor reclamar una indemnización daños (Art. 1902 CC). El daño sería el contrato mismo, que el prestatario no puede cumplir, y la conducta antijurídica el incumplimiento del banco de abstenerse de celebrar un contrato sin haber evaluado la solvencia o siendo el consumidor insolvente (de haberlo hecho). Sobre la base del interés negativo, la acción de responsabilidad civil buscaría colocar al consumidor en la posición que tendría si el prestamista hubiera cumplido correctamente el deber de evaluar la solvencia. Aquí, el juez tendría que determinar (i) si una (correcta) evaluación de la solvencia justifica la concesión del crédito; y (ii), en caso afirmativo, cuáles habrían sido las condiciones razonables de crédito que el consumidor habría tenido. Una vez realizado este ejercicio, la consecuencia jurídica derivada de la responsabilidad civil consistiría en (i) la completa liberación de la deuda crediticia, con restitución de las cantidades abonadas por el consumidor hasta ese momento (si se concluye que la correcta evaluación de la solvencia habría arrojado un resultado negativo); o (ii) la adaptación del contrato al nivel de endeudamiento que el cliente se habría podido permitir.

Dogmáticamente, la vía de la responsabilidad civil resulta tentadora y aparentemente sencilla de presentar. Bastaría con considerar que la obligación de evaluar la solvencia es un deber precontractual cuyo incumplimiento conduce a la responsabilidad civil⁹⁰. A diferencia de ordenamientos como el alemán⁹¹, en España, desde el momento en que se reconoce que el deber de evaluación de la solvencia incorporado por el legislador nacional constituye una «obligación precontractual⁹²» de tipo civil⁹³, la interpretación nacional autónoma del Derecho de daños –de cláusula abierta– no impediría fundar la responsabilidad civil en una conducta ilícita. Además de por obvios motivos prácticos⁹⁴, es desaconsejable recorrer este camino.

⁸⁹ En España, GARCÍA RUBIO, «La obligación a cargo del profesional de evaluar la solvencia del consumidor prestatario. Comentario a la STJUE Sala Cuarta, de 27 de marzo de 2014, Asunto c-565/2012, Le crédit Lyonnais SA v Fesih Kalan», *La Ley Unión Europea*, N.º 16, 2014, (versión electrónica). sec. II, nm 7; ALFARO ÁGUILA REAL, «La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo», *Blog de Derecho Mercantil*, 2014; ARROYO AMAYUELAS, *InDret*, 2/2017, pp. 27-28; ARROYO AMAYUELAS en *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*, 2018, pp. 170-171, aunque esta vez sin inclinarse expresamente por una consecuencia o la otra; ARROYO AMAYUELAS, *Revista Da Faculdade Da Universidade Do Porto De Direito*, 2020-2021, pp. 237-238. En Alemania: HOFFMANN, *Neue Juristische Wochenschrift*, 25, 2010, p. 1786; BARTA/BRAUNE, *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 8, 2014, pp. 326-329; KNOPS (2024, Rn. 23-25). En Italia: FERRETTI, «*German Law Journal*», 22, 2021, p. 107.

⁹⁰ Crítico con la presentación de la idea, HARNOS, *Juristen Zeitung*, 11, 2017, p. 553.

⁹¹ En Derecho alemán, su sistema de cláusula cerrada para el Derecho de daños hace que una interpretación autónoma, de acuerdo con el Derecho civil nacional alemán, no permita fundamentar, directamente la responsabilidad civil a partir de un acto ilícito. Véase, en este sentido, HERRESTHAL, «*Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*», 13, 2014, p. 499.

⁹² STJUE 27.3.2014, C-565/12 – EU:C:2014:190, paras 40-50.

⁹³ *Supra*, III.3.

⁹⁴ Cualquier demanda de responsabilidad civil por concesión de un préstamo incumpliendo el deber de evaluar la solvencia obligaría al prestatario a presentar un informe pericial económico, fundado, que determinase (i) bien el escenario contrafactual de crédito que el prestatario habría podido cumplir; o (ii), si el prestatario resulta ser insolvente, el informe debería justificar este elemento, a fin de dotar al juez de una base empírica para liberar al consumidor de la deuda. Semejante carga probatoria dificultaría el ejercicio del derecho del consumidor.

(a) *Primero*, porque es muy cuestionable que el contrato mismo sea el daño. A diferencia de los casos de usura⁹⁵ o de casos cualificados de vicios del consentimiento⁹⁶, aquí el consumidor-prestatario obtiene un crédito en condiciones de mercado que, sin embargo, no debería haber obtenido, de haberse evaluado correctamente su solvencia. Pero, como tal, el daño no es el contrato ni las condiciones de este. A lo sumo, el contrato y sus condiciones podrán ser un hecho dañoso –pero no el daño–, si se actualiza el riesgo que el deber de evaluar la solvencia pretendía conjurar: la insolvencia del prestatario. A mi juicio, es difícilmente sostenible que ello sea un daño corregible por medio de la responsabilidad civil. Y creo que este aspecto –que del incumplimiento del deber de evaluar no se derive un daño– aleja las Directivas que lo establecen del concepto de derecho subjetivo⁹⁷.

(b) *Segundo*, porque la relación de causalidad (imputación objetiva) entre el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia y el contrato no es evidente⁹⁸. Por este motivo, los tribunales de otros países ya han desestimado acciones de daños en casos similares, como es el caso del Derecho inglés⁹⁹. La vía de la responsabilidad civil solo es factible si se concede a las normas de evaluación de la solvencia la dignidad de «norma de protección» del consumidor individual en el

⁹⁵ En estos casos de usura que sí existen buenas razones para entender que el contrato mismo irroga un daño al prestatario, cuando se concede fuera de condiciones de mercado y con independencia de si el prestatario incurre en insolvencia o si no. Aquí, el daño que representa el contrato se puede corregir por medio de una adaptación hacia condiciones de mercado. Véase, RUIZ ARRANZ (2021, pp. 215-217)

⁹⁶ Un buen ejemplo se contiene, desde el Derecho alemán, en la Sentencia del BGH de 26 de septiembre de 1997 (V ZR 29/96 (München), NJW 1998, 302) donde se declaró la posibilidad de acudir a la *culpa in contrahendo* o a la responsabilidad civil para «deshacer» el contrato celebrado por incumplimiento de deberes precontractuales de información; en ese caso, el daño es el contrato y la indemnización (§ 249 BGB) consiste en su liquidación

⁹⁷ Esto es, que no exista un daño como tal derivado del incumplimiento del deber complica sostener que el ordenamiento jurídico ha otorgado al titular del interés protegido por el deber de evaluar un poder jurídico para la defensa autónoma de dicho interés. Cfr., en este sentido, el ejemplo de LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, § 14, p. 239 sobre el incumplimiento de las normas de tráfico y la provocación de un daño.

⁹⁸ MARÍN LÓPEZ, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 50, 2019, p. 26.

⁹⁹ Se trata del caso *Michelle Kerrigan and 11 others v. Elevate Credit International Limited (t/a Sunny)*, [2020] EWHC 2169 (Comm). Doce demandantes fueron seleccionados de un grupo más numeroso para presentar una reclamación por incumplimiento del deber de evaluar la solvencia contra Elevate Credit International, más conocido como «Sunny». Sunny ofrecía préstamos a corto plazo («payday lending») a elevados intereses. Los préstamos se podían solicitar de manera rápida en línea y los fondos se recibían unos 15 minutos después de aprobada la operación. Para estos doce demandantes, Sunny no había realizado evaluaciones adecuadas de su solvencia crediticia, por no considerar el impacto acumulativo de los préstamos anteriores en la situación financiera de cada cliente. En consecuencia, los prestatarios ejercitaron, entre otras, una acción de daños. Los daños reclamados eran diferentes. Por un lado, una de las demandantes alegó que la incorrecta evaluación de su solvencia había agravado su estado depresivo y ansioso, causándole un empeoramiento de su estado psiquiátrico. Por el otro, los demandantes sostenían que se les había irrogado un daño adicional por lesión de su historial crediticio. En ambos casos, la High Court encontró dificultades para establecer un vínculo causal entre los daños reclamados (personales y financieros) y la omisión del prestamista. En particular, la High Court consideró que no estaba demostrado que, si Sunny hubiese rechazado concederles crédito, los clientes «no habrían obtenido el dinero en otro lugar» (para 152). Esto es, el tribunal necesitaba de pruebas directas sobre la relación de causalidad, que los demandantes no le ofrecieron. Igualmente, respecto a los daños personales por depresión y ansiedad, el tribunal entendió que las normas sobre evaluación de la solvencia no responden a un deber de no causar daños psiquiátricos a los consumidores. Como resultado, el tribunal desestimó la acción de daños ejercitada. Con todo, el tribunal sí consideró apropiado conceder algún tipo de remedio («some relief»), por entender que la relación resultaba abusiva. Si bien el tribunal no zanjó definitivamente el asunto del remedio, por no tratarse de casos individuales, consideró que no procedería devolver el capital prestado (pues los prestatarios se habrían beneficiado del dinero), pero sí los intereses

contrato concreto¹⁰⁰. Solo así podría desarrollarse una relación de imputación causal basada en el fin de protección de la norma fundamentadora de responsabilidad¹⁰¹. Ya se ha explicado que la obligación de evaluar la solvencia no tiene como fin proteger al consumidor concreto en el contrato concreto, sino garantizar el buen funcionamiento del mercado de crédito y supervisar el comportamiento de las entidades financieras en él¹⁰².

(c) *Tercero*, porque las consecuencias derivadas de la responsabilidad civil se antojan quiméricas, tanto en un escenario donde la correcta evaluación de la solvencia habría determinado la no concesión del crédito como en otro en el que la correcta evaluación de la solvencia habría arrojado otro contrato diferente con condiciones distintas. *En el primer caso*, la responsabilidad civil produciría una quita del contrato dañoso, en favor del consumidor. Sin embargo, una vez se reconoce que el deber de evaluar la solvencia no lleva consigo una prohibición de contratar en caso de que el test sea negativo¹⁰³ –y que, por tanto, el prestamista y prestatario pueden decidir concluir un contrato a un riesgo más elevado para ambos– resulta contradictorio afirmar que ese contrato celebrado en condiciones de mercado representa un daño para el consumidor, y que se tiene que eliminar¹⁰⁴. *En el segundo caso*, una adaptación del contrato hacia las condiciones que la correcta evaluación de la solvencia obligaría al juez a determinar dicho contenido contractual, sin que exista una referencia evidente, como sí ocurre en otros supuestos¹⁰⁵.

(d) *Cuarto*, porque la responsabilidad civil conduciría, en abstracto, bien a la adaptación del contrato, bien a la liberación del deudor. Sin embargo, hay otros daños adicionales que el consumidor debe poder reclamar, una vez situamos el problema en el contexto de la responsabilidad civil¹⁰⁶.

4.5. ¿Usura?

¹⁰⁰ En este sentido, HOFFMANN, *Neue Juristische Wochenschrift*, 25, 2010, pp. 1784 ss.; BARTA/BRAUNE, *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 8, 2014, p. 326.

¹⁰¹ Respecto de esta teoría para el Derecho español de daños véase PANTALEÓN PRIETO, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», *Centenario del Código Civil: (1889.1989)*, t 2, 1990. pp. 1561 ss.

¹⁰² *Supra*, III.1.

¹⁰³ *Supra*, IV.1.

¹⁰⁴ Véase, ROTT/TERRY/TWIGG-FLESNER, «Kreditwürdigkeitsprüfung: Verbraucherschutzverhinderung durch Zuweisung zum Öffentlichen Recht?», *Verbraucher und Recht*, 5, 2011, p. 168), quienes, sin embargo, terminan abogando por reconocer la responsabilidad civil del prestamista.

¹⁰⁵ Por ejemplo, en los casos de incumplimiento de los deberes de información por parte de la entidad financiera en la contratación de productos financieros, el daño se suele calcular atendiendo a la diferencia entre la financiación concedida y la que el cliente habría concluido de haber sido correctamente informado. En este sentido, véase, para el Derecho alemán, HOFFMANN, *Neue Juristische Wochenschrift*, 25, 2010, p. 1786.

¹⁰⁶ Por ejemplo, si el prestatario devino completamente insolvente como consecuencia de haber celebrado el contrato, el prestamista habría de responder de otros daños que se deriven de esa situación. En este sentido, FERRETTI/SALOMONE/SUSTSCHET/TSIAFOUTIS, «The Regulatory Framework of Consumer Over-Indebtedness in the UK, Germany, Italy, and Greece: Comparative Profiles of Responsible Credit and Personal Insolvency Law», *Business Law Review*, 37(2), 2016, pp. 64 ss.

También se ha propuesto enmarcar el problema dentro del objetivo de evitar el sobreendeudamiento en condiciones usurarias de los consumidores¹⁰⁷. Desde esta perspectiva, la evaluación de la solvencia solo se cuestionaría después de conceder el crédito, cuando el deudor ya es insolvente. El control debería centrarse en detectar si el prestamista incurre en «prácticas irresponsables» de manera *ex post*. En este contexto, además de las sanciones administrativas, el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia implicaría la aplicación de la ley de la usura (LU) y la normativa que prohíbe los intereses moratorios usurarios (Art. 88.1 TRLGDCU). Canalizar el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia a través de la normativa de usura no es convincente. *Primero*, porque el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia puede ser problemático incluso si el deudor ha cumplido con el reembolso del préstamo y no es insolvente, como se observa en la Sentencia *Nárokuj*. *Segundo*, porque aplicar la ley de usura a casos de «prácticas irresponsables» añade un reproche moral o subjetivo a la conducta del prestamista, lo cual es complicado de justificar, especialmente cuando se trata de entidades bajo la supervisión de reguladores financieros¹⁰⁸. *Tercero*, porque aplicar la ley de usura a casos de «prácticas irresponsables» resultaría en la nulidad del contrato de préstamo (Art. 3 LU). Esta norma nos coloca en el mismo problema esbozado para la nulidad.

4.6. Conclusión parcial: los límites de la dogmática *de lege lata* y su potencialidad *de lege ferenda*

Las alternativas planteadas *de lege lata* por los autores españoles tienen un mínimo común denominador: se trata de intentos muy loables para ofrecer una respuesta civil en un ordenamiento cuyo legislador no ha incorporado sanciones de este tipo. De algún modo, este es el límite de todas ellas. En el apartado anterior (3.1) se ha explicado que la obligación de evaluar la solvencia no crea un derecho subjetivo del que se derive una acción individual del consumidor. Por eso, el legislador no está obligado a establecer esta clase de protección, como ha ocurrido en España. Y se ha indicado también que es recomendable que el legislador nacional anude una sanción civil al incumplimiento del deber de evaluar y, con ello, reconozca la existencia de un derecho subjetivo en favor del consumidor (3.3). El margen es amplio, como confirma el Tribunal de Justicia¹⁰⁹. Esta flexibilidad se debe a la necesidad de diferenciar entre política legislativa y alternativas dogmáticas¹¹⁰. Si quiere, el legislador nacional puede vincular el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia con una acción de daños, la nulidad del contrato o una prohibición general de celebrar el contrato. Sin embargo, esto no es lo mismo que alcanzar dogmáticamente esa solución para ordenamientos cuyo legislador ha optado por no establecer ninguna. No se puede hacer dogmática jurídica para construir un derecho subjetivo que el legislador ha decidido no reconocer. Además de eludir al legislador y subvertir su intención, ello generaría una inseguridad jurídica que, tarde o temprano, tendría que ser resuelta por el Tribunal Supremo.

¹⁰⁷ SUÁREZ PUGA, «El deber de las entidades de crédito de evaluar la solvencia de sus deudores», *Almacén de Derecho*, 2024.

¹⁰⁸ Respecto del sentido del Art. 1 de la ley de usura y RUIZ ARRANZ (2021, pp. 192-197).

¹⁰⁹ *Supra*, II.2.

¹¹⁰ Las decisiones de política legislativa no dependen de su corrección dogmática, y el Tribunal de Justicia evalúa su efecto disuasorio y su coherencia con las Directivas. Por otro lado, las alternativas dogmáticas no dependen del reconocimiento legislativo. Sin embargo, es común cometer el error de considerar que una consecuencia civil específica (como la nulidad del contrato) es procedente basándose en un fallo del Tribunal de Justicia que solo determina la compatibilidad de una sanción civil ya establecida por otro Estado Miembro con las Directivas.

La dogmática jurídica no tiene como objetivo proteger a la sociedad de la falta de regulación estatal. Su función es formular el aparato conceptual y el marco funcional-teleológico que permiten comprender las normas y decisiones de un orden jurídico desde una perspectiva jurídica¹¹¹. Además, la dogmática contribuye al desarrollo de estas normas y decisiones, sirviendo a largo plazo como una herramienta valiosa para un legislador civil (como el español) demasiado acostumbrado a positivar irreflexivamente la práctica común de su Tribunal Supremo. En materia de sanciones civiles al incumplimiento del deber de evaluar la solvencia, los límites de la dogmática se vuelven muy nítidos. Y explican –junto con las razones de índole práctico identificadas en este apartado para descartar cada alternativa *de lege lata*– que resulte necesaria la acción legislativa¹¹². Cuando eso suceda, la dogmática podrá explicar mejor ese efecto civil querido por el legislador nacional¹¹³. Pero solo entonces.

5. *De lege ferenda*. las posibles consecuencias al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia

5.1. Posibles escenarios

Al principio de este trabajo, se ha señalado que el «incumplimiento del deber de evaluar la solvencia del prestatario» incluye tres situaciones: (i) cuando el prestamista omite la evaluación; (ii) cuando realiza una evaluación deficiente con resultado positivo; y (iii) cuando concede el crédito pese a una evaluación negativa. Cuando llegamos al terreno de las consecuencias civiles, sí es importante diferenciar si el incumplimiento de esta obligación se traduce en un incumplimiento del contrato por parte del consumidor. Solo cuando el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia actualiza el riesgo que el legislador pretende evitar (que el prestatario incumpla), se deben activar los remedios civiles, como ocurre en el Derecho alemán¹¹⁴. Este enfoque también ayuda a evitar comportamientos oportunistas por parte del consumidor, quien podría ceder un crédito reparatorio potencial contra la entidad que incumplió el deber de evaluar su solvencia, una vez cumplidas todas las obligaciones de reembolso del crédito (como sucedió, por cierto, en *Nárokuj*).

5.2. Los requisitos exigidos por el Derecho de la Unión Europea para las sanciones

¹¹¹ JANSEN, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 143(4), 2018, pp. 648, 654, 658.

¹¹² Al final, esta conclusión es donde convergen las distintas posiciones doctrinales en España: la necesidad de incorporar sanciones específicas mediante legislación. En este sentido, ÁLVAREZ LATA, en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, 2014, sec. V; CUENA CASAS, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 764, 2017, pp. 2898-2899; JARAMILLO SIERRA, «Sanciones proporcionales, eficaces y disuasorias ante el incumplimiento del principio del préstamo responsable», *Revista e-Mercatoria*, 16(1), 2017, p. 78; MARÍN LÓPEZ, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 50, 2019, p. 26; WALSH, *Boletín Del Ministerio De La Presidencia, Justicia y Relaciones Con Las Cortes*, (2284), 2025, p. 40.

¹¹³ Este ejercicio es especialmente útil al abordar normas de Derecho privado europeo, a veces poco o deficientemente desarrolladas en comparación con el Derecho nacional, ya que permite alcanzar construcciones adecuadas y coherentes con los intereses en juego. Véase, a propósito de la STJUE 04.07.2023, C-252/21 – EU:C:2023:537, *Meta v Bundeskartellamt* y sobre la necesidad de entablar una dogmática del sistema europeo de protección de datos que distinga entre el consentimiento individual y el masivo, MCCOLGAN, «Rechtmäßigkeitsdogmatik der Datenschutzgrundverordnung», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 3, 2024, pp. 707-716.

¹¹⁴ RANK/SCHMIDT-KESSEL, «Mortgage credit in Germany», *Journal of European Consumer and Market Law*, 6(4), 2017, p. 178.

El Derecho europeo exige tres requisitos al establecimiento de sanciones derivadas de infracciones a obligaciones impuestas por las Directivas. *Primero*, las sanciones deben ser «efectivas». Una sanción efectiva tiene un impacto real en la conducta del infractor, ofreciendo una protección jurídica eficaz y efectiva de los derechos que se quieren garantizar¹¹⁵. *Segundo*, las sanciones han de ser «disuasorias», es decir deben prevenir la repetición de conductas indebidas; y ser lo suficientemente severas para desincentivar comportamientos indeseables y fomentar el cumplimiento de la norma¹¹⁶. *Tercero*, las sanciones deben ser «proporcionadas», esto es, ajustadas a la gravedad del incumplimiento y no exceder lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos¹¹⁷. De ser desproporcionada, la sanción puede producir soluciones arbitrarias, cuando no injustas¹¹⁸.

De lege ferenda, la sanción ha de ser además dogmáticamente convincente. Considerando los tres requisitos del Tribunal de Justicia, es la condición de proporcionalidad la que más guía la dogmática jurídica. Esto significa que las sanciones deben ser adecuadas, necesarias y equilibradas en relación con la gravedad del incumplimiento y los intereses involucrados.

5.3. Las alternativas planteadas por la doctrina española *de lege ferenda*

a. Pérdida del derecho a intereses

La pérdida de los intereses remuneratorios y moratorios –el prestatario solo queda obligado a restituir el capital prestado– es una sanción defendida por algunos autores en España¹¹⁹, que de hecho estaba recogida en la Propuesta de Directiva de crédito al consumo de 2002¹²⁰ y que el legislador español descartó durante la tramitación parlamentaria de la LCCI que transponía la

¹¹⁵ Véase, JARAMILLO SIERRA, *Revista e-Mercatoria*, 16(1), 2017, p. 63.

¹¹⁶ GARCÍA RUBIO, *La Ley Unión Europea*, N.º 16, 2014, (versión electrónica), sec. III.

¹¹⁷ Véase, JARAMILLO SIERRA, *Revista e-Mercatoria*, 16(1), 2017, p. 63.

¹¹⁸ Por ello, el Tribunal de Justicia insiste en evaluar las sanciones caso por caso, considerando todas las circunstancias y evitando soluciones abstractas que no tengan en cuenta las particularidades de cada infracción. Véase, SSTJUE 06.11.2003, C-101/01 – EU:C:2003:596, *Lindqvist*, paras 87-89; 5.7.2007; STJUE 05.07.2007, C-430/05 – EU:C:2007:410, *Ntónik Anonymi Etaireia Emporias H/Y u.a./Epitropi Kefalaiaogoras*, para 53.

¹¹⁹ En este sentido, ATAMER, «Duty of responsible lending: Should the European Union take action?», en GRUNDMANN/ATAMER, *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law - Failure and Challenges of Contracting*, Kluwer Law International, 2011, p. 202; ALFARO ÁGUILA REAL, «La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo», *Blog de Derecho Mercantil*, 2014; CUENA CASAS, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 764, 2017, pp. 2899-2900; JARAMILLO SIERRA, *Revista e-Mercatoria*, 16(1), 2017, p. 78; MARÍN LÓPEZ, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 50, 2019, p. 27.

¹²⁰ Propuesta de Directiva del Parlamento y el Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores. Bruselas, 11.9.2002 com (2002) 443 final. 2002/0222 (cod).

El artículo 31 de la presente propuesta de Directiva dispone que los Estados miembros podrán adoptar sanciones apropiadas cuando los profesionales en cuestión no respeten las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva. Nos referimos en particular a la pérdida de los intereses o a las sanciones, así como a la retirada de la autorización o la licencia».

Directiva 2014/17¹²¹. Esta sanción se prevé en Derecho suizo¹²² y en el belga¹²³. También es la solución contemplada por el Derecho francés, si bien aquí se permite que el juez reduzca los intereses proporcionalmente¹²⁴. Tal como lo veo, nada aconseja introducir esta posible consecuencia civil al Derecho español.

(a) *Primero*, porque resulta dudoso que esta sanción sea compatible con el requisito de proporcionalidad. Imponerla convertiría un contrato oneroso en un préstamo gratuito, similar al Art. 3 LU, a pesar de que el prestatario haya utilizado el capital. La consecuencia reconocida por el Art. 3 LU es anacrónica, ya que su propósito era castigar el comportamiento inmoral de quienes se aprovechaban de la necesidad ajena para lucrarse excesivamente¹²⁵. Por eso, el Art. 3 LU no ofrece un modelo aconsejable para el prestamista que incumple el deber de evaluar la solvencia. Aquí, una correcta evaluación de esta habría determinado, bien la no celebración del contrato, bien la celebración de un contrato de préstamo distinto, pero siempre sometido a interés. Ninguno de esos dos escenarios contempla que la situación del prestatario de no haber contratado fuese un derecho gratuito de uso sobre el capital¹²⁶.

A una conclusión similar llegó la High Court de Birmingham en *Michelle Kerrigan and 11 others v Elevate Credit International Limited (t/a Sunny) (in administration)*¹²⁷. El tribunal rechazó conceder una indemnización de daños, pero admitió la posibilidad de una compensación basada en la injusticia de la relación contractual. Dado que los prestatarios se habrían beneficiado del capital recibido y el remedio no podría reconocer beneficios caídos del cielo, el tribunal aceptó como apropiada la restitución del interés abonado, pero sin el capital recibido.

(c) *Segundo*, porque convertir un préstamo oneroso en uno gratuito a través de la sanción al prestamista por incumplir su deber de evaluar la solvencia plantea problemas valorativos en el Derecho nacional. Esta contradicción se evidenció en el caso *Le Credit Lyonnais*¹²⁸. El caso enseña

¹²¹ Supra, nota 54.

¹²² Art. 32 Bundesgesetz über den Konsumkredit (KKG): «*Verstößt die Kreditgeberin in schwerwiegender Weise gegen die Artikel 28, 29 oder 30, so verliert sie die von ihr gewährte Kreditsumme samt Zinsen und Kosten. Die Konsumentin oder der Konsument kann bereits erbrachte Leistungen nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern*».

¹²³ Este Derecho prohíbe expresamente la celebración del contrato incumpliendo el deber de evaluar la solvencia y, al mismo tiempo, se conceden amplios poderes al juez para condenar al prestamista a la pérdida de los intereses remuneratorios, la reducción de los de demora y, tratándose de un préstamo hipotecario, la nulidad contractual en su caso. Todo ello, además, sin perjuicio de las sanciones de «Derecho común». Véanse los Arts. VII.201 1.º y VII.209 1.º del Code de droit économique.

¹²⁴ Art. L341-2: «*Le prêteur qui n'a pas respecté les obligations fixées aux articles L. 312-14 et L. 312-16 est déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge*». La misma consecuencia se prevé para el crédito hipotecario (Art. L341-27).

¹²⁵ RUIZ ARRANZ (2021, pp. 233-235).

¹²⁶ BUCK-HEEB, *Neue Juristische Wochenschrift*, 29, 2016, p. 2069; HARNOS, *Juristen Zeitung*, 11, 2017, pp. 554-556.

¹²⁷ Los hechos del caso y el resultado se han explicado supra en nota 99.

¹²⁸ El Tribunal de Justicia abordó la obligación de evaluar la solvencia del prestatario según el Art. 8 de la Directiva 2008/48. En ese momento, el Derecho francés ya contemplaba la sanción civil de privar al prestamista de los intereses remuneratorios, avalada por la Cour de Cassation. Sin embargo, permitía que se siguiera devengando el interés legal incrementado en cinco puntos porcentuales si el prestatario no pagaba la deuda en dos meses tras la resolución judicial. En este caso, el interés legal incrementado (5,71%) era mayor que el interés remuneratorio pactado (5,6%), beneficiando al prestamista. El litigio se desarrolló en un contexto donde el prestatario no podía

que privar al prestamista de cualquier derecho a percibir intereses por incumplir el deber de evaluar la solvencia presenta el riesgo de que el sistema nacional civil reaccione de forma adversa y termine construyendo un sistema no solo incompatible con el Derecho de la Unión Europea, sino todavía más beneficioso para el prestamista a corto plazo.

b. Pérdida de las garantías hipotecarias

Otro sector doctrinal se inclina por el control del cumplimiento, por parte del registrador, del deber de evaluar la solvencia con carácter previo a la inscripción de la hipoteca al registro, habida cuenta del enorme efecto disuasorio que esta medida tendría¹²⁹. Hay buenas razones para cuestionar este enfoque. *Primero*, porque solo sería aplicable a los créditos garantizados con hipoteca, excluyendo los créditos al consumo. *Segundo*, porque supondría trasladar el control efectivo del cumplimiento de la obligación a un cuerpo que no se ocupa en general de evaluar cuestiones precontractuales. *Tercero*, porque sancionar con la pérdida de la garantía el incumplimiento de la obligación –si bien podría ser disuasorio– perjudicaría al prestatario, quien vería eliminada su garantía en caso de impago.

5.4. La reducción de los intereses remuneratorios como solución equilibrada

Se trata de la opción prevista en el Derecho alemán que merece algún comentario. El §505d BGB establece un sistema en cascada para el incumplimiento de la obligación de verificar la solvencia. La norma incorpora un sistema de «sanciones civiles» en cascada que pretende asegurar un adecuado equilibrio entre los intereses en conflicto de las partes implicadas¹³⁰.

(a) Si el prestamista no evaluó adecuadamente la solvencia, pero el contrato de préstamo podría haberse celebrado con una comprobación adecuada (el prestatario era objetivamente solvente), el contrato permanece inalterado. Para el Derecho alemán, la correcta evaluación de la solvencia no es un fin en sí mismo. Por eso, el consumidor solo debe quedar protegido frente a una financiación que no se puede permitir¹³¹; y las consecuencias solo se activan, cuando una correcta evaluación de la solvencia hubiera supuesto la denegación del préstamo. Así, la regla alemana queda patrocinada por un estándar de causalidad¹³². Para su legislador, la regla del §505d I BGB «constituye una concreción legalmente normada y, al mismo tiempo, una tipificación de los principios generales del Derecho civil de la prohibición del ejercicio ilícito del derecho»¹³³. Por eso –

pagar el crédito. El órgano remitente preguntó sobre la efectividad y el efecto disuasorio de la sanción de privación de intereses. El Tribunal de Justicia dictaminó que el Art. 23 de la Directiva 2008/48 se oponía a este sistema de sanciones civiles

¹²⁹ ANDERSON, en *La europeización del Derecho privado*, 2016, pp. 57-58, quien reconoce, sin embargo, que esta opción sería «radical»; MARÍN LÓPEZ, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 50, 2019, p. 26.

¹³⁰ WEBER en *Münchener Kommentar zum BGB*, 2023, nm 2.

¹³¹ BUCK-HEEB, *Neue Juristische Wochenschrift*, 29, 2016, p. 2068.

¹³² ARZT, «§ 505d BGB. Verstoß gegen die Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung», en BÜLOW y ARTZ, *Verbraucherkreditrecht*, 11.ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2025, nm 2.

¹³³ Deutscher Bundestag Drucksache 18/5922 de 7.9.2015, p. 101.

continúa diciendo su legislador— solo es necesaria la sanción cuando los riesgos que una correcta evaluación de la solvencia pretendía conjurar se han materializado¹³⁴.

(b) Si el contrato se celebra con un prestatario objetivamente insolvente para obtener crédito, el tipo de interés deudor se reduce (§505d I 1) y 2) BGB). Semejante reducción se produce al tipo deudor estándar del mercado¹³⁵. Eso sí, cuando excepcionalmente el tipo de interés de mercado sea inferior al acordado, se debe estar al tipo de interés acordado (y no al de mercado)¹³⁶. En el escenario de reducción, el prestatario puede terminar anticipadamente el contrato, sin preaviso y sin necesidad de abonar una penalización por este motivo¹³⁷.

(c) Si se materializa el riesgo que representaba la no evaluación de la solvencia —impago del crédito—, el prestamista pierde la posibilidad de ejercitar cualquier acción para instar el cumplimiento. En concreto, el prestamista no podrá reclamar intereses de demora, costas judiciales, etc.¹³⁸. La lógica es que el consumidor incumple, porque el banco incumplió primero. O, en palabras de su legislador, «el prestatario no será responsable de dicho incumplimiento y el prestamista no podrá hacer valer ningún derecho a partir de este incumplimiento»¹³⁹.

(d) Ninguna de las consecuencias previstas para los escenarios (b) y (c) se aplican, cuando el prestatario ha facilitado, con dolo o culpa grave, información incorrecta para evaluar su solvencia; tampoco cuando el prestatario ocultó información al prestamista relativa a la evaluación de la solvencia.

(e) Finalmente, la reducción de intereses prevista para el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia trae consigo una posible acción restitutoria del prestatario, por los intereses abonados en exceso¹⁴⁰. Es decir, la reorganización del contrato se produce con efectos *ex tunc*.

Hay buenas razones para que el Derecho español incorpore una solución similar:

¹³⁴ Deutscher Bundestag Drucksache 18/5922 de 7.9.2015, p. 102.

¹³⁵ Si en el contrato de préstamo se acordó un tipo deudor fijo, el interés se reduce al tipo de interés estándar del mercado de capitales para inversiones en deuda hipotecaria y bonos públicos con el mismo plazo que tuviere el tipo deudor fijo. Si se acordó un tipo variable, este se reduce al tipo de interés estándar del mercado al que los bancos europeos se prestan mutuamente dinero en euros a tres meses (Euribor a tres meses). A la hora de determinar el tipo de interés estándar del mercado, debe tenerse en cuenta la fecha de celebración del contrato de préstamo o la fecha de los ajustes del tipo de interés acordados contractualmente.

¹³⁶ Así lo expresa, ciertamente, la exposición de motivos de la norma que incorporó el parágrafo § 505d BGB (Deutscher Bundestag Drucksache 18/5922 de 7.9.2015, p. 102). Y es lo que comparte toda la doctrina. Por todos, WEBER en *Münchener Kommentar zum BGB*, 2023, nm 11.

¹³⁷ La posibilidad ha sido objeto de críticas, pues supone invertir las posiciones y reconocer que el banco, que incumplió el deber de evaluar solvencia a un consumidor insolvente, tiene derecho al reembolso inmediato del préstamo. En este sentido, BUCK-HEEB, *Neue Juristische Wochenschrift*, 29, 2016, pp. 2068-2069.

¹³⁸ BUCK-HEEB, *Neue Juristische Wochenschrift*, 29, 2016, p. 2069; HARNOS, *Juristen Zeitung*, 11, 2017, p. 553.

¹³⁹ Deutscher Bundestag Drucksache 18/5922 de 7.9.2015, p. 102.

¹⁴⁰ BUCK-HEEB, *Neue Juristische Wochenschrift*, 29, 2016, p. 2068.

(a) Primero, que incorpora la idea –correcta y presente en algunos autores españoles¹⁴¹– según la cual el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia no debe llevar aparejada *per se* ninguna consecuencia, cuando el riesgo que el legislador pretende conjurar con esta institución precontractual –que el consumidor no incumpla el contrato– no se actualiza.

(b) *Segundo*, porque permite graduar las sanciones en función de la influencia que el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia haya tenido en el incumplimiento posterior del consumidor-prestatario. De nuevo, es una idea no desconocida entre nosotros¹⁴².

(c) *Tercero*, porque esta vía se compadece mejor con los intereses en juego, si se compara con la solución «dura» de pérdida de cualquier interés¹⁴³. La regla parte de que ni el prestamista ni el prestatario deben obtener una ventaja adicional de la no evaluación de la solvencia¹⁴⁴. Y el legislador tuvo precisamente en cuenta esta ponderación adecuada de intereses a la hora de establecer dicha sanción¹⁴⁵. Por un lado, se mantiene la onerosidad del préstamo, sin convertirlo en un mutuo, pero reduciéndose el beneficio del prestamista. Por el otro, la reducción del derecho a los intereses hace menos atractiva la adquisición del crédito para potenciales cesionarios o, por mejor decir, reduce los ingresos que el prestamista podría obtener mediante una cesión del crédito, cuando este es dudoso¹⁴⁶.

(d) *Cuarto*, porque una regulación similar a la alemana permite entender como definitivamente excluida la posibilidad –incierta, por su potencial de incrementar la litigiosidad– de que el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia justifique una acción de responsabilidad civil contra el prestamista, basada en la *culpa in contrahendo*¹⁴⁷.

¹⁴¹ En este sentido, PALOMINO MORALED A, «Solicitud de nulidad de un crédito al consumo reembolsado íntegramente y sin consecuencias perjudiciales para el consumidor: la respuesta del TJUE cuando el prestamista omitió la evaluación de la solvencia», *CESCO*, 2024, p. 5.

¹⁴² Nótese, en cualquier caso, que la enmienda núm. 186 planteada por el grupo parlamentario Ciudadanos durante la tramitación parlamentaria de la LCCI (supra nota 54), proponía una sanción civil consistente en la pérdida de intereses remuneratorios y moratorios «cuando el deudor se vea imposibilitado de devolver el préstamo por circunstancias que estaban presentes y eran previsibles en el momento de su concesión».

¹⁴³ El modelo alemán ha sido descrito como la «expresión de un compromiso político» (WEBER en *Münchener Kommentar zum BGB*, 2023, nm 18).

¹⁴⁴ BUCK-HEEB, *Neue Juristische Wochenschrift*, 29, 2016, p. 2068.

¹⁴⁵ Así en la Exposición de Motivos a la incorporación del § 505d BGB (Deutscher Bundestag Drucksache 18/5922 de 7.9.2015, p. 101) puede leerse: «La reducción de los intereses crea una sanción efectiva que elimina el incentivo económico principal para que el prestamista, en aras de la rentabilidad, incumpla la obligación de comprobar la solvencia y conceda un préstamo a un prestatario insolvente. Al mismo tiempo, se ofrece al prestatario afectado un incentivo tangible para hacer valer sus derechos» (traducción propia).

¹⁴⁶ Esto no es baladí, tan pronto como se tiene en cuenta que mucha de la litigación en esta materia involucra, no al prestamista originario, sino al cesionario posterior.

¹⁴⁷ En efecto, hoy es moneda común en Alemania que la sanción prevista en su ordenamiento excluye a los daños. Así, ARTZ, «§ 505d BGB», en *Verbraucher kredit recht*, 2025, nm 213; BUCK-HEEB, *Neue Juristische Wochenschrift*, 29, 2016, p. 2069; HARNOS, *Juristen Zeitung*, 11, 2017, p. 555; WEBER en *Münchener Kommentar zum BGB*, 2023, nm 18. En contra, por todos, HOFFMANN/BARTLITZ, *Archiv für die civilistische Praxis*, 6, 2020, pp. 920 ss.

Se debe tener en cuenta igualmente que, durante el trámite parlamentario de la Ley de complementaria supervisión financiera (Deutscher Bundestag Drucksache 18/11774 de 29.3.2017, p. 32), ya se barajó la posibilidad de que el BGB excluyera expresamente las reclamaciones por responsabilidad civil derivadas del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Sin embargo, los grupos SPD y CDU/CSU rechazaron esta modificación del BGB con el argumento de que el §505d BGB es lo suficientemente claro y excluye esta clase de acciones. Lo

5.5. Otras consecuencias admisibles

La reducción del tipo de interés remuneratorio puede ir acompañada de otros efectos.

a. Reducción de los intereses de demora

Si se recuerda, en *Le Credit Lyonnais*, el Tribunal de Justicia dejó claro que el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia no permite compensaciones a favor del prestamista por otras vías. Según el Tribunal, la sanción del Derecho francés que priva al prestamista de los intereses remuneratorios quedaría «en papel mojado» si se permitiera al banco reclamar intereses de demora. Desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, este enfoque no es adecuado¹⁴⁸. Como fuere, el legislador nacional puede reconocer una reducción proporcional de estos intereses si el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia ha llevado al impago. Esta sería una consecuencia civil adicional a la reducción del interés remuneratorio.

b. Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes de información

Un sector de la doctrina alemana sostiene que la exclusión de la responsabilidad civil por incumplimiento del deber de evaluar la solvencia no aplica cuando la entidad de crédito ofrece o aconseja un producto financiero que es claramente contrario a los objetivos o necesidades del consumidor¹⁴⁹. Se trata de un supuesto de responsabilidad civil distinto, que se asemeja a los casos de daños por defecto de información en la contratación de productos financieros. Las Directivas no vinculan la evaluación de la solvencia con una obligación adicional de información precontractual al consumidor. Sin embargo, si el prestamista obtiene un resultado negativo en la evaluación de solvencia, debe comunicarlo de manera transparente al prestatario si decide asumir el riesgo de impago y celebrar el contrato. Así, la decisión final de contratar recae en un prestatario bien informado¹⁵⁰. Si no se comparte esta información y se celebra un contrato de crédito que un consumidor bien informado sobre su solvencia habría rechazado, se abre la posibilidad de una acción de daños.

hizo de la siguiente forma: «Con ello, el legislador ha dejado claro que sanciona la situación de un préstamo excesivo para el prestatario con una reducción de intereses y la posibilidad de rescindir el contrato con efecto futuro. Por lo tanto, las reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios basadas en otros fundamentos jurídicos que tengan por objeto la rescisión del contrato *ex tunc* deben quedar claramente excluidas por el artículo 505d del BGB» (traducción propia).

¹⁴⁸ Generalmente, no hay una conexión directa entre el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia y el incumplimiento del contrato por parte del prestatario. Por lo tanto, extender las consecuencias del incumplimiento de esta obligación hasta impedir que el prestamista reclame otros conceptos que normalmente le corresponderían puede ser excesivo. Véase, en este sentido, HERRESTHAL, «*Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*», 13, 2014, p. 499, quien entiende que la decisión del Tribunal de Justicia en aquel caso representa una intromisión no aceptable en el Derecho contractual de los Estados Miembros. Para este autor, la resolución no es razonable tampoco, en la medida en que, mezcla el incumplimiento del prestatario con el del banco; lo que hace cualquier penalización por demora del Derecho nacional incompatible con la Directiva (y más aún cuanto más se prolongue el incumplimiento)

¹⁴⁹ RANK/SCHMIDT-KESSEL, *Journal of European Consumer and Market Law*, 6(4), 2017 p. 178; HARNOS, *Juristen Zeitung*, 11, 2017, pp. 558-557.

¹⁵⁰ Véase en este sentido, GRUNDMANN/HOFMANN, «EC Financial Services and Contract Law – Developments 2007-2010», *European Review of Contract Law*, 4, 2010, p. 481.

c. *Exoneración del crédito insatisfecho en concurso*

Esta consecuencia se aplicaría solo cuando el prestatario, persona física, se encuentra en concurso de acreedores. Si uno de los acreedores incumple su obligación de evaluar la solvencia, debería ser posible aplicar la exoneración del pasivo insatisfecho (Art. 486 TRLC). Es una consecuencia civil proporcionada¹⁵¹, ya que se materializa el riesgo que la obligación de evaluar la solvencia pretendía conjurar¹⁵². Solo si el prestatario hubiera proporcionado datos falsos o erróneos que condujesen a la concesión del crédito con solvencia positiva, sería aplicable la excepción prevista en el Art. 487.1 6º TRLC.

6. Conclusiones

1. El deber de evaluar la solvencia establecido por las Directivas constituye una norma de supervisión del comportamiento de las entidades financieras en el mercado, y también una norma general de protección a los consumidores. Sin embargo, a pesar de que las Directivas protegen el interés de los consumidores para evitar el sobreendeudamiento, el deber de evaluar la solvencia de las Directivas no es un derecho subjetivo, cuya tutela jurídica se pone a disposición del consumidor individual. Es decir, el deber de evaluar la solvencia creado por las Directivas no es una norma específica de protección individual al consumidor concreto en el contrato concreto, permitiéndole ejercitar una acción frente a la entidad financiera.

2. La potencial ineficacia del sistema de sanciones administrativas al incumplimiento del deber de evaluar la solvencia no representa un argumento a favor de establecer un sistema de sanciones civil-contractuales para reaccionar frente al incumplimiento.

3. Si bien las Directivas no obligan a los Estados Miembros a reconocer consecuencias civiles al deber de evaluar la solvencia, su incidencia en el proceso de formación del contrato y los objetivos a los que sirve hacen recomendable la introducción de sanciones civiles. O, lo que es lo mismo, la trasposición nacional de este deber debería implicar también la modificación del orden civil, de tal suerte que se reconozca al consumidor concreto en el contrato un derecho subjetivo, para cuya tutela puede ejercitar una acción. Esto no implica que la transposición española sea incompleta, sino que resulta altamente aconsejable incorporar sanciones civiles, desde una perspectiva práctica y de ponderación de intereses.

4. Las consecuencias civiles propuestas por los autores españoles ante el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia no son convincentes. La acción de responsabilidad civil es problemática, ya que las Directivas no reconocen una norma de protección individual al consumidor. Asimismo, la prohibición de contratar, la nulidad del contrato y la usura se encuentran con obstáculos que no las convierten en opciones viables. A ello se añade que el desarrollo dogmático no puede suplir, *de lege lata*, la falta de actuación del legislador, creando un derecho subjetivo en favor del consumidor. *De lege ferenda*, la dogmática puede ayudar al legislador a elegir la opción más adecuada.

¹⁵¹ ÁLVAREZ LATA, en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, 2014, sec. V; CUENA CASAS, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 764, 2017, p. 2899).

¹⁵² Véase, ALFARO ÁGUILA-REAL, «Exoneración del pasivo insatisfecho: “sobreendeudamiento temerario”», *Blog de Derecho Mercantil*, 2024

5. La pérdida total del derecho a intereses remuneratorios del prestamista no es una opción proporcionada, ya que convertiría el contrato de crédito en un préstamo sin intereses, lo cual no se habría planteado si el prestamista hubiera evaluado correctamente la solvencia. En cambio, la reducción del derecho a percibir intereses remuneratorios, siguiendo el modelo alemán, es una solución prudente y equilibrada. Esta solución podría incluir la reducción de los intereses de demora, responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes de información y exoneración del crédito insatisfecho en concurso.

6. El sistema de consecuencias civiles que se establezca debe ser claro y transparente, dejando poco espacio a la interpretación del juez o de las partes, a fin de evitar una nueva fuente de litigación bancaria masiva.

7. Bibliografía

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo», *Blog de Derecho Mercantil*, 2014.

- «Exoneración del pasivo insatisfecho: “sobreendeudamiento temerario”», *Blog de Derecho Mercantil*, 2024.

ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Artículo 14. Obligación de evaluar la solvencia del consumidor», en MARÍN LÓPEZ, Manuel (ed.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, 2014 (versión electrónica)

ANDERSON, Miriam «La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español» en ARROYO AMAYUELAS, Esther y SERRANO DE NICOLÁS, Ángel (dirs.), *La europeización del Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2016, pp. 45-64.

ARROYO Y AMAYUELAS, Esther, «La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», *InDret*, 2/2017.

- «La política de préstamo responsable en la Unión Europea. En particular, la valoración del mérito crediticio», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 149, 2018, pp. 65-94.
- «Crédito inmobiliario y solvencia negativa: sanciones para el prestamista y remedios para el prestatario» en SÁNCHEZ LERÍA, Reyes y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía (coords.), *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*, Reus, Madrid, 2018, pp. 149-176.
- «Responsible lending», *Revista Da Faculdade Da Universidade Do Porto De Direito*, XVII-XVIII, 2020-2021, pp. 209-239.

ARTZ, Markus, «§ 505a BGB. Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung bei Verbraucherdarlehensverträgen» en BÜLOW, Peter y ARTZ, Markus, *Verbraucher kreditrecht*, 11.^a ed., C. H. Beck, München, 2025.

- «§ 505d BGB. Verstoß gegen die Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung», en BÜLOW, Peter y ARTZ, Markus, *Verbraucher kreditrecht*, 11.^a ed., C. H. Beck, München, 2025.

ATAMER, Yeşim, «Duty of responsible lending: Should the European Union take action?», en GRUNDMANN, Stefan/ATAMER, Yeşim, *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law - Failure and Challenges of Contracting*, Kluwer Law International, 2011, pp. 179-202.

AUBRY, Hélène, «Mortgage credit in France», *Journal of European Consumer and Market Law*, 4, 2017, pp. 173-176.

BARTA, Sebastian/BRAUNE, Ulrike, «Schadensersatz als Rechtsfolge der unzureichenden Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers – Konsequenzen aus der Entscheidung des EuGH in Sachen Le Crédit Lyonnais SA/Fesih Kalhan für das Verständnis des deutschen Rechts», *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 8, 2014, pp. 324-329.

BRASPENNING, Jorgen, «Mortgage credit in the Netherlands», *Journal of European Consumer and Market Law*, 4, 2017, pp. 180-184.

BUCK-HEEB, Petra, «Rechtsfolgen fehlender oder fehlerhafter Kreditwürdigkeitsprüfung. Das neue Verbraucherkreditrecht nach Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie», *Neue Juristische Wochenschrift*, 29, 2016, pp. 2065-2070.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Efectividad y disuasión en la jurisprudencia europea de consumo. A propósito de Narojuk», *CESCO*, 2024, pp. 1-10.

- *Derecho de contratos*, 4.^a ed., Aranzadi La Ley, 2024, sec. 15/2 y 15/5.

CUENA CASAS, Matilde, «Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 764, 2017, pp. 2871-2924.

DÍAZ ALABART, Silvia, «Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia», en DÍAZ ALABART (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Reus, Madrid, 2015, pp. 223-276.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Sistema de Derecho civil*, Vol. I, 13.^a ed., reimpresión 2019, Tecnos, Madrid, 2016.

FERRETI, Federico, «Peer-to-Peer Lending and EU Credit Laws: A Creditworthiness Assessment, Credit-Risk Analysis or ... Neither of the Two?», *German Law Journal*, 22, 2021, pp. 102-121.

FERRETTI, Federico/SALOMONE, Riccardo/SUTSCHET, Holger/TSIAFOUTIS, Victorias, «The Regulatory Framework of Consumer Over-Indebtedness in the UK, Germany, Italy, and Greece: Comparative Profiles of Responsible Credit and Personal Insolvency Law», *Business Law Review*, 37(2), 2016, pp. 64-71.

GARCÍA RUBIO, María Paz, «La obligación a cargo del profesional de evaluar la solvencia del consumidor prestatario. Comentario a la STJUE Sala Cuarta, de 27 de marzo de 2014, Asunto c-565/2012, Le crédit Lyonnais SA v Fesih Kalan», *La Ley Unión Europea*, N.º 16, 2014, (versión electrónica).

GRUNDMANN, Stefan/HOFMANN, Christian, «EC Financial Services and Contract Law – Developments 2007-2010», *European Review of Contract Law*, 4, 2010, pp. 467-484.

HARNOS, Raphael, «Schadensersatz wegen fehlerhafter Kreditwürdigkeitsprüfung», *Juristen Zeitung*, 11, 2017, pp. 552-559.

HERRESTHAL, Carsten, «Unionsrechtliche Vorgaben zur Sanktionierung eines Verstoßes gegen die Kreditwürdigkeitsprüfung», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 13, 2014, pp. 497-500.

HILLEMACHER, Monika, «Bonität lax prüfen wird für Banken teuer», *Immobilien Zeitung*, 9, 2016.

HOFFMANN, Christian, «Die Pflicht zur Bewertung der Kreditwürdigkeit», *Neue Juristische Wochenschrift*, 25, 2010, pp. 1782-1786.

HOFFMANN Jochen/BARTLITZ, David, «Die Bonitätsprüfungspflicht bei Personenmehrheiten im Verbraucherdarlehensrecht», *Archiv für die civilistische Praxis*, 6, 2020, pp. 893-927.

JANSEN, Nils, «Rechtsdogmatik, Rechtswissenschaft und juristische Praxis», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 143(4), 2018, pp. 623-658.

JARAMILLO SIERRA, Camila, «Sanciones proporcionales, eficaces y disuasorias ante el incumplimiento del principio del préstamo responsable», *Revista e-Mercatoria*, 16(1), 2017, pp. 59-80.

LARENZ, Karl/WOLF, Manfred, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.^a ed., C. H. Beck, Munich, 2004.

MARÍN LÓPEZ, Jesús, «La obligación de evaluar la solvencia del prestatario en la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 50, 2019 (versión electrónica).

MARTÍNEZ ECHEVERRÍA, Alfonso, «El gobierno corporativo por medio de la reputación» en MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA, Alfonso (dir.), *Gobierno corporativo, sostenibilidad y reputación*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, (versión electrónica).

MAK, Vanessa, «What is responsible lending. The EU Consumer Mortgage Credit Directive in the UK and the Netherlands», *J Consum Policy*, 38, 2015, pp. 411-430.

MCCOLGAN, Peter, «Rechtmäßigkeitsdogmatik der Datenschutzgrundverordnung», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 3, 2024, pp. 700-717.

NASARRE AZNAR, Sergio/SIMÓN MORENO, Héctor, «Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 139, 2015, pp. 11-55.

PALOMINO MORALED A, Helena, «Solicitud de nulidad de un crédito al consumo reembolsado íntegramente y sin consecuencias perjudiciales para el consumidor: la respuesta del TJUE cuando el prestamista omitió la evaluación de la solvencia», *CESCO*, 2024, pp. 1-5.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», *Centenario del Código Civil: (1889.1989)*, t 2, 1990. pp. 1561-1592.

RANK, Alisa/SCHMIDT-KESSEL, Martin, «Mortgage credit in Germany», *Journal of European Consumer and Market Law*, 6(4), 2017, pp. 176-179.

REDONDO TRIGO, Francisco, «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 723, 2011, pp. 625-655.

RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno, «Cinco años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre contratos swap», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 4, 2018 (versión electrónica).

ROTT, Peter/TERRY N, Evelyne/TWIGG-FLESNER, Christian, «Kreditwürdigkeitsprüfung: Verbraucherschutzverhinderung durch Zuweisung zum Öffentlichen Recht?», *Verbraucher und Recht*, 5, 2011, pp. 163-169.

RUIZ ARRANZ, Antonio, *La estructura de la restitución contractual*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023.

SCHÜRNBRAND, Jan, «Die Neuregelung des Verbraucherdarlehensrechts», *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 20(6), 2008, pp. 383-391.

SUÁREZ PUGA, Ernesto, «El deber de las entidades de crédito de evaluar la solvencia de sus deudores», *Almacén de Derecho*, 2024.

VECINA AZNAR, Álvaro, «El Derecho español y su adecuación al ordenamiento europeo respecto del deber de evaluación de la solvencia», *CESCO*, 2024, pp. 1-16.

WALSH, Samuel Miguel, «La Directiva (UE) 2023/2225, Relativa a los contratos de crédito al consumo, en el derecho alemán y español: crédito responsable y evaluación de la solvencia», *Boletín Del Ministerio De La Presidencia, Justicia y Relaciones Con Las Cortes*, (2284), pp. 7-49.

WEBER, Andreas, «§505d BGB» en *Münchener Kommentar zum BGB*, 9.^a ed., 2023.

WHITTAKER, Simon, «The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract», *European Review of Contract Law*, 7(3), 2011, pp. 371-396.

ZUNZUNEGUI, Fernando, «Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios», *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 16, 2014, pp. 141-161.

- «Evaluación de la solvencia», *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 2019, pp. 1-20.

Personalidad jurídica e Inteligencia Artificial

Fundamentos de asimilaciones imposibles.

Sumario

El desarrollo alcanzado por la Inteligencia Artificial durante los últimos años ha dado lugar al planteamiento de la posibilidad de atribuir personalidad jurídica a estos sistemas tecnológicos bajo el argumento de facilitar la responsabilidad civil por daños causados como consecuencia del funcionamiento de dichos sistemas. Ello se ha plasmado tanto a nivel de propuestas doctrinales como, de forma muy secundaria, en algún texto de la Unión Europea.

Pese a que se trata de una opción en este momento descartada a nivel de Derecho comunitario, se considera conveniente aportar una visión del tema que tenga en cuenta las siguientes cuestiones: el trasfondo transhumanista que subyace en este tipo de planteamientos; la centralidad de la persona para el Derecho y, particularmente, para el Derecho Civil; los propósitos que pudieran estar detrás de esta hipótesis; su innecesidad desde el punto de vista jurídico y, finalmente, su imposible encaje en la tipología de personas jurídicas que contempla el Derecho español, con fundamento constitucional. Y ello porque la que se anuncia como evolución exponencial de la robótica pudiera dar lugar en un futuro no muy lejano al resurgimiento de la hipótesis.

Abstract

The development achieved by Artificial Intelligence in recent years has given rise to the possibility of attributing legal personality to these technological systems under the argument of facilitating civil liability for damages caused as a result of the operation of these systems. This has been reflected both at the level of doctrinal proposals and, in a very secondary way, in some European Union texts.

Although this is an option that has been ruled out at the moment in Community Law, it is considered appropriate to provide a vision of the subject that takes into account the following issues: the transhumanist background that underlies this type of approach; the centrality of the person for the Law and, particularly, for Civil Law; the purposes that could be behind this hypothesis; its unnecessary from a legal point of view and, finally, its impossible fit into the typology of legal persons contemplated by Spanish Law, with a constitutional basis. And this is because what is announced as the exponential evolution of robotics could lead to the resurgence of the hypothesis in the not too distant future.

Title: Legal personality and Artificial Intelligence.
Bases of impossible assimilations.

Palabras clave: personalidad jurídica, Inteligencia Artificial, persona, transhumanismo, fundaciones, responsabilidad civil.

Keywords: legal personality, Artificial Intelligence, person, transhumanism, foundations, civil liability.

DOI: 10.31009/InDret.2025.i3.02

Recepción
21/03/2025
-
Aceptación
01/05/2025
-

- 1. Planteamiento.**
- 2. Persona, “transhumanismo” e IA. El contexto.**
- 3. Recordando la centralidad de la persona como esencia del Derecho Civil.**
- 4. Personalidad jurídica e IA.**
 - 4.1. Qué es la personalidad jurídica. Esencia y finalidad.
 - 4.2. Problemática subyacente en los intentos de atribución de personalidad jurídica a la IA.
 - a. El objetivo indemnizatorio.
 - b. La innecesariedad de recurrir al mecanismo de la personalidad jurídica.
 - c. La disolución de los límites entre la persona física y la persona jurídica.
 - 4.3. Fundaciones y robótica: la asimilación imposible.
 - 4.4. La postura de la Unión Europea: de la hipótesis al descarte.
 - a. La hipótesis de la “*e-personality*”.
 - b. Abandono de la idea. Riesgo y responsabilidad civil.
- 5. Conclusiones: la creación de la IA no es casual.**
- 6. Bibliografía.**

-

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

1. Planteamiento*

El desarrollo de la Inteligencia Artificial (en adelante, IA) durante los últimos años ha provocado un impacto en el ámbito jurídico que, como es sabido, se proyecta sobre múltiples temáticas, reflejo de su afectación a todos los sectores productivos. La cuestión prioritaria es obviamente la necesidad de protección de los derechos fundamentales de la persona, con concreciones destacadas en materia de no discriminación, salud e integridad física, intimidad y, particularmente, protección de datos.

Pero también estamos viendo cómo la IA afecta a otras múltiples vertientes jurídicas, como la contratación, la responsabilidad (civil y penal) que pudiera derivarse de su uso, la propiedad intelectual e industrial, las relaciones laborales e incluso en la práctica judicial y administrativa, en las que los sistemas de IA se utilizan para la resolución de cuestiones como la detección de denuncias falsas y de fraude fiscal, la obtención de datos predictivos sobre riesgo penal o la evaluación de la prueba con la finalidad de saber si ha sido adulterada. Se llega a hablar incluso de la idea del juez y fiscal “robot” en alusión a la utilización de sistemas de IA por los profesionales de justicia para llevar a cabo la aplicación de la ley.

Son tantas las cuestiones que se plantean como retos para el mundo del Derecho ante el auge de la IA que, desde mi posición civilista, me veo casi en la obligación moral de aportar mi punto de vista a propósito de lo que seguramente sea el punto de partida de otras cuestiones: la improcedencia de reconocer autonomía jurídica a la IA.

Para ello, trataré de realizar una argumentación que parte de las mismas bases y fundamentos del Derecho Civil, siempre en torno a la persona, la persona física, el ciudadano, el ser humano, a cuyo servicio se creó el mecanismo de la personalidad jurídica como constructo o ficción dirigido a satisfacer necesidades que superan las posibilidades de actuación de la persona y del propio ordenamiento jurídico en un momento dado. En este sentido se justificó el reconocimiento de personalidad jurídica a las corporaciones (municipios); a las sociedades, vinculadas a la promoción del desarrollo económico (en última instancia, el fin social), y a las personas jurídicas sin ánimo de lucro (asociaciones en sentido estricto y fundaciones), en cuanto coadyuvantes en un momento histórico posterior de lo que se llamó Estado del bienestar.

Esta centralidad de la persona para el Derecho Civil parece ponerse en cuestión ante el avance de la IA, enmarcado en algo que se denomina “transhumanismo”, que va más allá del ser humano, y que induce a confusión en cuanto a la naturaleza de éste. Muestra de ello son algunas reflexiones doctrinales que han propugnado la atribución de personalidad jurídica a la IA realizando comparaciones imposibles entre el humano y el robot y justificándose sobre la base de la problemática que puede plantear el resarcimiento de daños, aunque no de forma exclusiva, pues también se ha llegado a hablar de la atribución de derechos de propiedad intelectual a estos sistemas, configurados en hipótesis como personas jurídicas.

Se trata por ello de un tema que requiere de fundamentos en torno a la justificación del recurso a la personalidad jurídica y, también, en torno a la tipología de personas jurídicas con que contamos en nuestro Derecho. Conscientes de que este último es mutable a voluntad del legislador, entendemos que no está de más recordar algunos principios de las instituciones,

* Autor/a de contacto: Marta Pérez Escolar (marta.perez.escolar@uva.es).

máxime si son de índole constitucional, así como, en última instancia, afianzar a la persona como razón de ser del Derecho en un momento tendente a devaluarla.

La propia Unión Europea recogió en alguno de sus textos la posibilidad de lo que denominó “*e-personality*” atribuible a los sistemas de IA, si bien el análisis de la evolución del Derecho comunitario pone de manifiesto la clave de la cuestión, y es que no existe necesidad de crear una personalidad jurídica atribuible a los sistemas de IA para solucionar el tema de la responsabilidad civil: los daños se producen como consecuencia de la creación de un riesgo, por alguien y en beneficio de alguien, a lo que puede responder un marco jurídico adecuado de responsabilidad civil.

El tema, que pudiera parecer superado a la luz del actual descarte a nivel europeo, no lo está sin embargo en consideración de las dimensiones inimaginables que se anuncian como fruto del desarrollo de los sistemas de IA en el corto plazo. A esta realidad hay que sumar la que ya puede calificarse de tendencia a utilizar el instrumento de la personalidad jurídica sin justificación suficiente: es el caso de la *Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca*, avalada, con el Voto Particular de cinco magistrados, por la STC (Pleno) 142/2024, de 20 de noviembre¹.

2. Persona, “transhumanismo” e IA. El contexto

El planteamiento de política jurídica relativo a la posibilidad de atribución de personalidad jurídica a la IA se ubica en un contexto de carácter sociológico, filosófico y ético que forma parte de lo que genéricamente se denomina “transhumanismo”, término que *a priori* ya pudiera inducir a poner en cuestión la naturaleza única del ser humano y a diluir las fronteras entre éste y la robótica.

La palabra “transhumanismo” nos sugiere primariamente una relación con todo aquello que va más allá de lo humano. De hecho, el *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua* aporta ese significado pero con el añadido de que se vincula específicamente al desarrollo tecnológico; concretamente, se dice que el “transhumanismo” es el «*movimiento que propugna la superación de las limitaciones actuales del ser humano, tanto en sus capacidades físicas como psíquicas, mediante el desarrollo de la ciencia y la aplicación de los avances tecnológicos*»².

Esta superación de las limitaciones, físicas e intelectuales (que no psíquicas), de la persona a través del desarrollo de la ciencia y de la tecnología no es, como es evidente, nada nuevo, ni siquiera con relación a la IA, cuyo origen se sitúa hace bastantes décadas. Lo que sucede en este momento es que el desarrollo de la tecnología robótica y de la IA generativa, es decir, aquella que nos proporciona información rápida a través de *chatbots* de diálogo para su búsqueda (singularmente, la *app ChatGpt*, creada por *OpenAI* en noviembre de 2022), están llegando a gran parte de la población dando lugar a un impacto social con proyecciones que van desde lo más cotidiano hasta, entre otras, las áreas educativas y laborales³. Conviene por ello realizar una aproximación a lo que el ciudadano medio, no experto en tecnología, percibe como IA y a la más que posible distorsión de su realidad que se está produciendo.

¹ BOE núm. 311, de 26 de diciembre de 2024.

² Cfr. <https://dle.rae.es/transhumanismo>.

³ *Vid.*, por ejemplo, ASENJO, «Robots y cotización», *Diario La Ley*, N° 10581 - 2024, pp. 1 ss.

La IA generativa realiza, en esencia, procesos de conexión de datos masivos en un marco de globalización que, efectivamente, superan en este sentido las capacidades intelectuales del ser humano. Así, nos encontramos con un mundo de *big data* y algoritmos informáticos que los relacionan que, significativamente, se referencia con alusión a “redes neuronales”, redes que se dice que imitan el funcionamiento del cerebro humano, y se dibujan como tales, y que sugieren por ello esa potencialidad de ir más allá de la capacidad intelectual de la persona. A ello se suman otras múltiples aplicaciones de IA, entre las que destaca el avance de lo que comúnmente se entiende por robótica, llamada a revolucionar el mundo laboral y, específicamente, el ámbito sanitario.

En este sentido entendemos la utilidad de esta tecnología y su misma denominación, Inteligencia Artificial, pero partiendo de la premisa de que la comparación con la inteligencia humana no es posible: la capacidad de la IA para dar información, resolver problemas o ejecutar tareas no puede conllevar siquiera dicha comparación con el ser humano; por mucho que le supere con relación a la realización de determinado tipo de actividades, la IA es un sistema tecnológico creado por y para su servicio, cuya naturaleza es completamente distinta. La misma definición citada de “transhumanismo” proporcionada por el *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua* nos resulta incorrecta en su referencia a la superación de las capacidades “psíquicas” de la persona, pues la psique es genuinamente humana⁴.

Esto que pudiera parecer evidente no lo es, sin embargo, a luz de varias cuestiones. En primer lugar, la propia terminología en boga, “transhumanismo”, ya induce a tales comparaciones que, sin ir más lejos, se han realizado en el ámbito jurídico como si nos encontráramos ante la llegada de una especie de nuevo humano, al que se llama “transhumano”, “infrahumano” e, incluso, “humanoide”. La condición jurídica de cosa de la IA lleva a asimilaciones con la figura del esclavo del Derecho romano⁵, que, en mi opinión, inducen a la misma confusión, pues siendo cierto que jurídicamente el esclavo era una cosa, carente de personalidad jurídica, también lo es que el Derecho romano no llevó esta consideración hasta las últimas consecuencias precisamente por su naturaleza de ser humano⁶.

Por otro lado, la superación de las capacidades intelectuales de la persona por la IA en cuanto a la exactitud en la realización de tareas, resolución de problemas y culminación de procesos de conexión de datos no deja de ser el resultado de la aplicación de un sistema tecnológico. Con relación a estos últimos procesos, hay que tener en cuenta además dos cuestiones importantes:

1.- Que los datos que están a disposición de la IA no son estáticos pero sí parciales, pues no todos, ni mucho menos, son accesibles para el sistema, lo cual puede generar un sesgo en la información

⁴ Así, LACRUZ MANTECÓN, «Yo, robot: ¿puede un robot tener personalidad jurídica?», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, N° 4 - 2023, pp. 630 ss: «son cosas distintas la inteligencia artificial y la humana, y el hecho de que una máquina resuelva problemas no quiere decir que tenga una capacidad análoga a la de un ser humano» (op. cit., p. 634).

⁵ Así, ERCILLA GARCÍA, «Aproximación a una Personalidad Jurídica Específica para los robots», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, N° 47 - 2018, pp. 4-5; LACRUZ MANTECÓN, *RGLJ*, N° 4 - 2023, pp. 651 ss.

⁶ Vid. ARIAS RAMOS/ARIAS BONET, «Derecho romano», I, Parte General, Derechos Reales, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1990, pp. 64 ss: «el esclavo era una cosa, pero tenía naturaleza humana, y ello hizo que el rigor del principio apuntado se suavizase, tanto en el campo de la doctrina como en el de las aplicaciones prácticas»; aparte de otras cuestiones, «de hecho, en la sociedad romana el peculio se consideró como pertenencia del esclavo, como un patrimonio con cuyos beneficios compraba muchas veces su libertad».

proporcionada, o, lo que es lo mismo, su inexactitud⁷. 2.- Que la combinación de datos responde a una programación informática realizada por el creador del sistema, en cuyo trasfondo está su visión del mundo, que puede albergar intencionalidades y prejuicios generadores de sesgos discriminatorios de cualquier tipo⁸, incluidos los relacionados con el acceso a la información que dicha programación considera de forma particular veraz (censura subyacente). Por todo ello es evidente que, sobre todo en ámbitos muy específicos, la IA comete errores importantes, incurre en lo que se llaman “delirios” o “alucinaciones”, la propia IA es fuente de información y de desinformación.

Finalmente, la IA carece de pensamiento crítico y de capacidad creativa, no razona, no comprende lo que hace ni tiene sentido común. La IA es un autómatas, “modela” la información a la que accede e incluso aprende sobre sí misma (aprendizaje automático o *machine learning*), pero carece de las capacidades psíquicas y cognitivas intrínsecamente humanas; afirmar que “piensa” en el marco de una especie de mente o cerebro colectivo no deja de ser atribuir a una máquina capacidades del ser humano y contribuir así a la devaluación de este último.

El razonamiento y la creatividad humana son otra cosa. La persona está dotada de conciencia y espíritu (alma, si se quiere), tiene sensibilidad/emociones y es portadora a través de una voluntad única de valores como la verdad, la justicia, la integridad y la independencia, al tiempo que es capaz de realizar creaciones originales que responden a dicha voluntad, valores y dones genuinos e insustituibles⁹. En el ámbito de la práctica judicial, ¿es posible pensar en que la IA ejercite verdaderas facultades de interpretación e integración de las normas jurídicas conforme a los principios jurídicos más elementales? La existencia de malas resoluciones judiciales no justifica el recurso a la robótica para impartir justicia, cuyo uso deberá limitarse a sus verdaderas utilidades¹⁰. Y, por lo que nos concierne, distorsionar la realidad de lo que es la IA puede servir de fundamento para propugnar, sin más, su autonomía jurídica.

3. Recordando la centralidad de la persona como esencia del Derecho Civil

La adaptación de cualquier ámbito jurídico al desarrollo de la IA debe realizarse bajo la premisa de la búsqueda de la protección de la persona, razón de ser del Derecho y, particularmente, del Derecho Civil. Las concepciones filosóficas antropocéntricas, humanistas, con origen en el Renacimiento, han situado a la persona como eje vertebrador del ordenamiento jurídico; así, según recoge el art. 10.1 de la Constitución Española (en adelante, CE): «la dignidad de la persona,

⁷ La accesibilidad de la información para la IA viene determinada por muchos factores, entre otros, el hecho de que en su mayoría proceden de lo que se puede extraer a través de *internet*, y la reserva de derechos de autor. Vid. arts. 17 y 146 del del *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia* (en adelante, TRLPI).

⁸ Así, por ejemplo, MÉNDEZ SERRANO, se refiere a discriminaciones relacionadas con la igualdad y la integridad física, en la medida en que la IA puede incidir en los tratamientos médicos. Vid. «Derechos fundamentales y personalidad jurídica de los robots: ¿para qué?», *Derecho Privado y Constitución*, N° 44 - 2024, pp. 65-66, 77, 81.

⁹ Vid. LACRUZ MANTECÓN, *RGLJ*, N° 4 - 2023, pp. 634 ss: pese a la continua superación del ser humano por la IA en tareas especializadas, la conciencia, que el autor identifica con el sentido del yo o de la totalidad, es lo que «determina la auténtica diferencia entre la Inteligencia humana y la artificial» (*op. cit.*, p. 640). Con buen soporte documental del ámbito tecnológico, vid. MÉNDEZ SERRANO, *Derecho Privado y Constitución*, N° 44 - 2024, pp. 54 ss.

¹⁰ Vid. VARONA, «Algoritmos e inteligencia artificial en el sistema de justicia penal», *InDret*, N° 4 - 2024, Editorial, pp. XII ss; DELGADO MARTÍN, «Notas sobre el uso de la IA generativa por profesionales del sistema de justicia», *Diario La Ley*, N° 10568 - 2024, pp. 1 ss.

los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, ..., son fundamento del orden político y de la paz social»¹¹.

En primer término, su condición de titular de derechos fundamentales obliga a tener en cuenta el impacto que pueda tener cualquier tecnología en su protección, que ya se consideró necesario reforzar ante «*los avances científicos y tecnológicos*» por la *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* otorgada en Niza el 7 de diciembre de 2000¹². Con este fundamento de protección primera de los derechos fundamentales, preferente sobre su reparación¹³, se presenta un siguiente nivel de protección que afecta a todas las áreas jurídicas y, especialmente, al Derecho Civil en cuanto rama del Derecho que gira en torno a la protección de la persona en sí misma considerada.

En este sentido se ha subrayado el carácter acuciante que reviste la renovación del Derecho con relación a la IA recordando la necesidad de volver a la centralidad de la persona como esencia del Derecho Civil: «*el punto de partida, frecuentemente olvidado, debe seguir siendo la consideración de la persona como valor preponderante del Derecho, frente a las imposiciones uniformadoras que derivan de la inteligencia artificial, el big data y la globalización*»¹⁴, y ello teniendo en cuenta la realidad social que afecta a la persona en la actualidad, en la que vulnerable ya no es sólo el contratante débil en su posición frente al empresario sino que abarca a otras muchas categorías¹⁵.

El proceso de despersonalización de las relaciones jurídicas, iniciado hace mucho tiempo, va camino de acentuarse de forma exponencial como consecuencia del avance de la IA. En el siglo XX, la ubicación de la persona consumidora frente al empresario y la contratación a través de condiciones generales dieron lugar a una despersonalización de las relaciones contractuales, con la consecuente pérdida de previsibilidad social frente al otro contratante y de valores como la equidad o la conciencia crítica, consustanciales al Derecho¹⁶.

El siglo XXI está siendo mucho más acelerado en este sentido, pues se ha pasado de la mera utilización de aquellos formularios en la contratación a su integración en tecnologías automatizadas con la generalización de los contratos a distancia, ahora también realizados a través de IA¹⁷. A ello se suma su impacto en otros ámbitos contractuales, como las anunciadas prestaciones de servicios sanitarios mediante esta tecnología en lo que puede llegar a ser una

¹¹ Vid. ALONSO PÉREZ, «Consideraciones en torno a la persona y a su valoración jurídica», en Díez-PICAZO, Luis (coord.), *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Volumen I, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 241 ss.

¹² Cfr. DOUE de 7 de junio de 2016, C 202/393.

¹³ Vid. MÉNDEZ SERRANO, *Derecho Privado y Constitución*, Nº 44 - 2024, pp. 51 ss, 81.

¹⁴ Vid. LLAMAS POMBO, «Una concepción moderna del contrato no permite ya seguir hablando de la teoría general del contrato», *Actualidad Civil*, Nº 7 - 2024, p. 5.

¹⁵ Vid. LLAMAS POMBO, AC, Nº 7 - 2024, pp. 4-5.

¹⁶ Así, la ética negocial ha quedado bastante en entredicho, sobre todo en ámbitos como el de la contratación bancaria. Vid. SANZ VALENTÍN, «El Derecho, camino de progreso, (1950, El camino, Real Academia Española, Colección III centenario, 2014», en SERRANO ARGÜELLO (dir.), *Derecho y literatura en la novela de MIGUEL DELIBES*, Aranzadi-Diputación de Valladolid, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 94 ss, analizando la novela de Miguel Delibes, «El camino».

¹⁷ Vid. ARGELICH COMELLES, «Contratación con inteligencia artificial y contratos algorítmicos: repensando el Derecho civil ante el informe español de la legislación de consumo y mercantil para la Comisión Europea», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 804 - 2024, pp. 2033 ss.

destrucción de la relación médico paciente y de la obligación del primero de actuar conforme a la *lex artis ad hoc*¹⁸.

En este contexto, conviene recordar el ideal de la autonomía de la voluntad, de la persona, y el sistema de vicios del consentimiento como instrumento para su protección. Prestar consentimiento supone realizar acción y efecto de «*consentir*», cuya etimología o raíz latina, «*consentire*», nos lleva a una voluntad prestada «*con sentimiento*»¹⁹; en definitiva, a esa voluntad libre y consciente de la persona que parece haberse convertido en una utopía en las relaciones de asimetría negocial²⁰.

Con relación al tema que nos ocupa, esta evolución progresiva hacia la despersonalización de las relaciones jurídicas pudiera tener otra manifestación en la huida de la responsabilidad ante la causación de daños por sistemas de IA, de modo que quedara desplazada del verdadero responsable hacia una hipotética persona jurídica robótica creada al amparo de la complejidad tecnológica y de la supuesta intención de facilitar el resarcimiento.

4. Personalidad jurídica e IA

4.1. Qué es la personalidad jurídica. Esencia y finalidad

Nos encontramos en un momento en el que la actividad legislativa muestra una tendencia clara hacia la flexibilización de las instituciones jurídicas que en algunos casos puede ser excesiva, pues se llega a una reducción y hasta disolución de sus fundamentos o principios básicos, como si el Derecho positivo fuera capaz de todo, hasta de terminar con la esencia y núcleo definitorio de los conceptos que él mismo recoge en normas básicas, incluso constitucionales, sin modificarlas. La dimensión científica del Derecho, cuyo estudio corresponde al ámbito académico, requiere por ello realizar un esfuerzo que reivindique el sentido, esencia y finalidad de tales fundamentos conceptuales, pues sólo de esta manera se puede mantener un ordenamiento jurídico lógico, coherente y con un mínimo de estabilidad²¹.

Las teorías filosófico-jurídicas sobre la persona jurídica pueden conservar cierto interés a efectos de extraer una base más o menos común a todas las corrientes, pero el punto de partida ha de ser el Derecho positivo. Entre los autores clásicos más representativos, el profesor Francesco FERRARA dijo que «*la personalidad es una forma jurídica*», una «*vestidura orgánica*», un «*sello jurídico que viene de fuera a sobreponerse a estos fenómenos*» (se entiende, el sustrato personal o patrimonial organizado que se encuentra bajo el reconocimiento de la persona jurídica)²², cuya

¹⁸ Los protocolos médicos tienen un valor orientativo. Vid. PÉREZ ESCOLAR, «Integración de la prestación de servicios médicos. Cuestiones relevantes al hilo de las nuevas normas deontológicas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 805 - 2024, pp. 2584 ss; sobre la prestación de servicios médicos a distancia y la posibilidad de utilización de sistemas de IA únicamente con carácter auxiliar para la toma de decisiones, pp. 2597 ss.

¹⁹ Cfr. <https://dle.rae.es/consentir>.

²⁰ Como dice, LLAMAS POMBO, AC, N° 7 - 2024, pp. 2-3, la teoría general del contrato «*es ya incapaz de afrontar los retos que reclama el transhumanismo, el posthumanismo, la inteligencia artificial, el imperio del big data, la globalización y la colectivización de todos los fenómenos sociales y económicos*», de modo que sólo puede considerarse como tal en su aplicación a los contratos entre iguales.

²¹ En este sentido, LLAMAS POMBO, AC, N° 7 - 2024, p. 6: «*Frente al caos, sólo las instituciones académicas y quienes las alimentan pueden introducir algo de sosiego, reflexión y rigor metodológico en la necesaria definición de los valores, principios y reglas que reclama el Derecho*».

²² Vid. FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, traducción de la segunda edición revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury, 2006, pp. 342 ss.

finalidad es la consecución de un fin que la persona física no puede alcanzar por sí sola²³, y cuyos únicos límites son la determinabilidad, posibilidad y licitud²⁴.

El art. 29 del Código Civil (en adelante, CC) anudó la personalidad al ser humano, «*el nacimiento determina la personalidad*», reflejando con ello los valores humanistas de la Ilustración que han permanecido vigentes; en consonancia, el citado art. 10.1 CE consagró la dignidad de la persona, los derechos inviolables a ella inherentes y el libre desarrollo de la personalidad como «*fundamento del orden político y de la paz social*».

No obstante, el mismo CC reconoció la excepción de la personalidad jurídica para dar respuesta a necesidades que superaban las posibilidades de actuación humana de forma individual, sintéticamente y conforme a los arts. 35 y 36 CC, la organización del poder público (corporaciones), la agrupación de personas para fines lucrativos y no lucrativos (personas jurídicas de base asociativa, *universitates personarum*) y el «*interés público*» que en aquel momento se consideraba subyacente en la beneficencia (personas jurídicas de base fundacional, *universitates rerum* o *universitates bonorum*).

Este reconocimiento se hizo a través de un conjunto de normas básicas que sobreviven al paso del tiempo seguramente por este carácter básico, sencillo, siendo particularmente el art. 38 párrafo primero CC, relativo a la capacidad de las personas jurídicas, la norma clave a efectos de deducir la esencia del mecanismo de la personalidad jurídica: «*las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución*»; adquirir y poseer «*bienes*» (no ser titulares de derechos que presupongan la condición de persona física, como los derechos de la personalidad), contraer obligaciones y ejercitar acciones²⁵.

Las personas jurídicas son, por tanto, sujetos de derecho, con un contenido amplio de índole patrimonial como punto de partida cuyo alcance puede ser matizado por las normas establecidas al efecto para cada tipología de persona jurídica pero manteniendo esta configuración básica marcada por el CC. Los beneficios vinculados a la atribución de personalidad jurídica a una organización están estrechamente relacionados con la creación de un patrimonio autónomo y, por tanto, responsable, con respecto a los patrimonios de las personas promotoras del ente²⁶.

Y, como antes apuntábamos, la persona jurídica se crea con la finalidad de satisfacer una necesidad que la persona física no puede alcanzar por sí misma, requiere de una justificación en este sentido, pues no deja de ser una excepción a la regla de que es el nacimiento el que «*determina la personalidad*».

²³ Vid. FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, 2006, pp. 249-250, 368.

²⁴ Vid. FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, 2006, pp. 372 ss.

²⁵ Conforme al art. 311-3 del Código Civil de Cataluña, más explícito pero de contenido similar, «*1. Las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos, siempre que estos sean compatibles con su naturaleza, adquirir y poseer bienes muebles e inmuebles, contraer obligaciones, administrar y enajenar bienes por cualquier título válido en derecho, de acuerdo con lo establecido por el ordenamiento jurídico. 2. Las personas jurídicas pueden ser parte procesal, intervenir en juicios en defensa de sus intereses y defender en los mismos intereses colectivos relacionados con su objeto o finalidad, de acuerdo con lo establecido por el ordenamiento jurídico*».

²⁶ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, 1984, pp. 131-132.

Así, las comunidades de propietarios no son personas jurídicas pese a tener reconocida cierta capacidad procesal derivada del art. 6.1.5º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). Vid. MACANÁS, «*Bases para la personalidad jurídica de los entes no humanos*», *Derecho Privado y Constitución*, N° 43 - 2023, pp. 31 ss, con un estudio de lo que considera contenido mínimo de la personalidad jurídica.

Por esta razón, no es suficiente con encontrar un interés jurídico que se considere relevante en un momento dado, que permita sólo con ello la proliferación de personas jurídicas²⁷. Es necesario algo más que justifique la creación del sujeto de Derecho como excepción a la personalidad naturalmente vinculada a la persona física: la existencia de una verdadera necesidad que lo sostenga; así ha sucedido históricamente con los objetivos relacionados con el fomento del desarrollo económico a través de las sociedades y con la satisfacción de fines sociales mediante las asociaciones y las fundaciones.

Conviene recordar por ello la famosa doctrina jurisprudencial del «*levantamiento del velo*», dirigida a evitar la utilización o abuso de la persona jurídica con finalidades distintas a las que le corresponden y a destruir, consecuentemente, la apariencia de dicha persona jurídica. Esta doctrina ha puesto de manifiesto lo rechazable que supone tal utilización de la institución al servicio de fines ajenos a los que conforman los contornos jurídicos de cada tipología de persona jurídica, yendo por este motivo más allá de la aplicación de recursos tradicionales que pueden servir al mismo objetivo como el fraude de ley, el fraude de acreedores o el abuso de derecho²⁸.

En este sentido, el profesor DE CASTRO declaró, con plena vigencia en la actualidad, que «*la persona jurídica, o persona moral, o persona mística, o persona social, que con todos estos nombres se le denomina, constituye hoy uno de los grandes tópicos de la ciencia jurídica. Quizá ninguna otra figura jurídica ha originado tantas teorías y suscitado discusiones de tal entidad, ante Tribunales nacionales e internacionales. Esta exacerbadón de una cuestión jurídica, se puede explicar por la utilización hecha del término y concepto persona jurídica, para revestir de aparato científico y para disimular ideologías políticas, o bien ponerla al servicio de poderosos intereses económicos*»²⁹.

4.2. Problemática subyacente en los intentos de atribución de personalidad jurídica a la IA

a. El objetivo indemnizatorio

El planteamiento relativo a la conveniencia de atribuir personalidad jurídica a la IA tiene como justificación principal la hipotética utilidad que supondría contar directamente con un patrimonio responsable para hacer frente a los daños producidos por esta tecnología, que, efectivamente, se vislumbran múltiples y variados.

Así, se señala la posibilidad de que la IA genere daños relacionados con la vulneración de derechos fundamentales, particularmente, del principio de igualdad (art. 14 CE) en relación con los sesgos discriminatorios; del derecho a la vida e integridad física (art. 15 CE); del derecho al honor, intimidad e imagen (art. 18 CE), con sus implicaciones en materia de protección de datos, y del derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE)³⁰. Además, hay que contar con daños que

²⁷ Sí lo considera, sin embargo, MACANÁS, *Derecho Privado y Constitución*, N° 43 - 2023, pp. 39 ss.

²⁸ Vid. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 2006, pp. 94 ss.

²⁹ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, 1984, p. 261.

³⁰ La posibilidad de vulneración de derechos fundamentales se combina además entre sí. Particularmente, el tema de los sesgos generados por la IA es mucho más amplio de lo que comúnmente se plantea, pues no tienen que ver sólo con el género, la raza, la edad o la religión sino también con la ideología y, en relación con ésta, con preferencias de información del usuario que pueden no ser “políticamente correctas” para la IA, lo cual afecta al derecho fundamental a la libertad de pensamiento, expresión e información.

pueden ir desde la infracción de derechos de propiedad intelectual hasta los relacionados con la ciberseguridad e incluso las infraestructuras de los Estados.

La atribución de personalidad jurídica a los sistemas de IA facilitaría, según estos planteamientos, tanto la determinación del sujeto responsable como la prueba de la relación de causalidad entre el daño y el causante del daño (creador, fabricante o cualquier otro interviniente), la cual se considera que es el principal problema que plantea la IA en materia de responsabilidad civil. Y ello como consecuencia de la concurrencia de factores en esta tecnología que la dificultan, especialmente su complejidad, su opacidad y su autonomía en procesos de autoaprendizaje y actualización, que conlleva que en ocasiones el creador no pueda proporcionar una justificación de las decisiones adoptadas por el sistema y, por ello, llegue a resultados imprevisibles.

A ello se suman justificaciones relacionadas con el hecho de que existen ámbitos en los que la IA toma decisiones sin intervención humana, basadas exclusivamente en el funcionamiento algorítmico; sin ir más lejos, existen actuaciones de administraciones públicas como la Hacienda pública o la Seguridad Social que se fundamentan en sistemas de IA puramente aleatorios, automatizados³¹.

Por estas razones, se ha hablado del «*objetivo indemnizatorio*» de esta hipótesis de atribución de personalidad jurídica a los sistemas de IA³², que en ocasiones se ha planteado enmarcada en la creación un *tertium genus* entre la persona física y las personas jurídicas conocidas, caracterizado por un contenido delimitado de derechos y obligaciones atribuibles a la persona jurídica robótica³³.

Sin embargo, este tipo de propuestas conllevan en esencia una objeción fundamental, que como tal veremos que ha sido recogida por los textos de la Unión Europea, y es que darían lugar a la elusión de responsabilidad del verdadero responsable (creador/programador, fabricante, utilizador o cualquier otro sujeto interviniente en la puesta a disposición y utilización del sistema de IA). Como en tantos ámbitos, de igual manera que existen unos operadores que se benefician con el desarrollo de una actividad económica debe existir alguien responsable de los daños que

Como ha puesto de manifiesto OROZCO PARDO, «Inteligencia artificial, redes sociales, estereotipos y perfiles: los sesgos y la censura por usuarios», *Diario La Ley*, Nº 10653 - 2025, pp. 2 y 3: «Ya existe el “Robot censor” pues los algoritmos se utilizan para “decidir” si un contenido, información o comentario, es o no lícito, moral o, cierto o “políticamente correcto”. Se producen “algoritmos de rastreo” entrenados por medio de un catálogo que les permiten identificar textos ilícitos en base a que contienen grupos de palabras incluidas en su “catálogo censor”». Así, «esta nueva “censura por usuarios” que se va imponiendo en las redes sociales -...- va a facilitar el aumento de los sesgos y los prejuicios que fomenten los “perfiles estereotipados”».

³¹ Vid. DÍAZ DÍEZ, «Voluntad y motivación en actos administrativos automatizados con inteligencia artificial: ¿un nuevo entendimiento de conceptos humanos?», *InDret*, Nº 4 - 2024, pp. 421 ss.

³² Sin compartir la hipótesis, DÍAZ ALABART, *Robots y responsabilidad civil*, 2018, p. 110.

³³ Vid. ERCILLA GARCÍA, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Nº 47 - 2018, pp. 3 ss, que centró la que consideró necesidad de crear una personalidad jurídica específica para los robots (*tertium genus*, persona «ciber física») en su implicación en el ámbito laboral con la capacidad de toma de decisiones autónomas; BARRIO ANDRÉS, «Hacia una personalidad electrónica para los robots», *Revista de Derecho Privado*, Nº 2 - 2018, p. 100; OROZCO PARDO, «Inteligencia artificial y robótica. Por un marco legal coordinado y coherente», en HERRERA TRIGUERO/PERALTA GUTIÉRREZ/TORRES LÓPEZ (coords.), *El Derecho y la Inteligencia artificial*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2022, pp. 182 ss.

dicha actividad cause al usuario, aquél a cuya esfera de actuación corresponda la causación del daño³⁴.

b. La innecesiedad de recurrir al mecanismo de la personalidad jurídica

Desde un punto de vista técnico, no existe una necesidad que justifique la atribución de personalidad jurídica a los sistemas de IA como excepción, recuérdese, de la personalidad jurídica que es consustancial al ser humano (art. 29 CC); no se encuentra un vacío legal en relación con la problemática de la responsabilidad civil y, si lo hubiera, la solución sería crear un marco jurídico adecuado al respecto.

Como normativa aplicable y comúnmente aceptada como tal, contamos con el régimen especial de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, de aplicación preferente frente al general sobre responsabilidad del dueño por daños causados por sus máquinas (art. 1908 CC), régimen especial que además puede ser reforzado mediante un seguro obligatorio de responsabilidad civil. De hecho, este régimen de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos es el que acoge los daños causados por los sistemas de IA a raíz de la reciente revisión, como veremos, de la Directiva comunitaria correspondiente³⁵.

Esta cuestión relativa a la innecesiedad de recurrir al mecanismo de la personalidad jurídica hay que valorarlo además en el marco de las tendencias legislativas del momento, que parecen ir en sentido contrario. Muestra de ello es la *Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca*, que realizó tal reconocimiento del ecosistema como «*sujeto de derechos*» (art. 1), sin ubicación en ninguna categoría concreta dentro de la tipología conocida de personas jurídicas, con la finalidad de proteger el derecho al medio ambiente (art. 45 CE)³⁶.

A mayor abundamiento, la STC (Pleno) 142/2024, de 20 de noviembre, ha declarado la constitucionalidad de esta Ley 19/2022 alegando, con relación a este punto, que el legislador tiene libertad para proteger el derecho al medio ambiente del art. 45 CE a través del enfoque que considere más adecuado: «*el art. 45 CE ofrece un marco constitucional de referencia lo suficientemente abierto como para que el legislador desarrolle las previsiones de protección del medio ambiente desde perspectivas y enfoques muy diversos*»; «*en nada se opone al contenido de este precepto, ni a la finalidad constitucionalmente declarada del mismo, ..., la selección de la herramienta jurídica elegida por el legislador en la Ley 19/2022, atribuyendo personalidad jurídica al Mar Menor*

³⁴ En este sentido, LACRUZ MANTECÓN, *RGLJ*, N° 4 - 2023, pp. 652-653, en el desarrollo de su idea de asimilación del robot al esclavo del Derecho romano, «*sujeto agente con eficacia en el tráfico jurídico, con una subjetividad no propia sino prestada por su dueño o principal*»; MÉNDEZ SERRANO, *Derecho Privado y Constitución*, N° 44 - 2024, p. 67.

³⁵ En este sentido, *vid.* ATAZ LÓPEZ, «*Daños causados por las cosas: una nueva visión a raíz de la robótica y de la inteligencia artificial*», en HERRADOR GUARDIA (dir.), *Derecho de daños*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 317 ss; LACRUZ MANTECÓN, *RGLJ*, N° 4 - 2023, pp. 649, 656; duda también de su necesidad, MACANÁS, *Derecho Privado y Constitución*, N° 43 - 2023, pp. 41 ss, 49; necesidad que considera una «*falacia*», MÉNDEZ SERRANO, *Derecho Privado y Constitución*, N° 44 - 2024, pp. 72 ss.

³⁶ *Vid.* ROGEL VIDE, «*¿Lagunas como sujetos de derechos? -El Mar Menor y la Ley 19/2022-*», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, N° 4 - 2022, pp. 713 ss, especialmente, 721 ss, 725 ss, con argumentos a favor de su inconstitucionalidad.

En la misma línea, las propuestas relacionadas con el otorgamiento de personalidad jurídica a los animales, «*seres vivos dotados de sensibilidad*» (art. 333 bis CC), con la finalidad de protegerlos frente a la actuación de terceros. Considerándolo no necesario, *vid.* MACANÁS, *Derecho Privado y Constitución*, N° 43 - 2023, pp. 45 ss.

y a su cuenca. Pudiendo haberse optado por herramientas diversas, la seleccionada es tan idónea (o inidónea) como podrían haberlo sido otras, para buscar la protección, defensa y recuperación del ecosistema de la laguna, procurando la preservación del entorno para su futuro disfrute»³⁷.

De esta forma, se ha legitimado la atribución de personalidad jurídica a un ecosistema sin tener en cuenta que se trata de un mecanismo de naturaleza excepcional frente a la personalidad inherente al ser humano. Con ello, entendemos que su utilización sin justificación suficiente da lugar a que las personas físicas y las personas jurídicas que por cualquier motivo decida crear el legislador se ubiquen jurídicamente en una posición semejante, con la consecuente devaluación del ser humano, de su dignidad como tal (art. 10 CE) y de su centralidad para el Derecho³⁸. Y esta ausencia de necesidad se basa en este caso en la existencia un Derecho ambiental dirigido al mismo objetivo de protección de la naturaleza, cuya ineficacia no puede conducir «*al desmantelamiento de estructuras jurídicas básicas que se encuentran en el origen de un sistema normativo e institucional*»³⁹.

Como dice el Voto Particular de la STC (Pleno) 142/2024, «*la protección constitucional de la naturaleza encuentra sentido en la concepción antropocéntrica del medio ambiente. Reconocer que el ser humano vive en un determinado entorno natural, que hace posible la propia vida humana, implica, sin duda, un imperativo moral y jurídico de protección de la naturaleza como medio para nuestra propia supervivencia como especie, pero no puede ni debe situar al ser humano en el mismo plano axiológico que su entorno*», de modo que «*en definitiva, y en pocas palabras: para otorgar la debida protección al medio ambiente no es imprescindible dotarle del mismo estatus jurídico que a una persona*»⁴⁰. Sirva todo ello, por tanto, a los efectos que nos ocupan.

c. La disolución de los límites entre la persona física y la persona jurídica

En tercer término, la atribución de personalidad jurídica a los sistemas de IA podría dar lugar a otros problemas importantes en consideración de que el contenido genuinamente patrimonial de la personalidad jurídica ex art. 38 párrafo primero CC ya ha sido desdibujado en ámbitos

³⁷ Ponente: Dña. María Luisa SEGOVIANO ASTABURUAGA. Cfr. Fundamentos Jurídicos 3 y 5.a). (BOE núm. 311, de 26 de diciembre de 2024).

³⁸ Según el Voto Particular, punto 1.f), de la STC (Pleno) 142/2024, firmado por cinco magistrados, «*la aparente ubicación de los derechos de la naturaleza en un plano que, si no es superior, sí se coloca en una posición de equivalencia al de los derechos, valores y principios de los seres humanos, lejos de poder ser apreciada como una lectura progresiva del texto constitucional, pudiera derivar en una regresión significativa para los derechos, libertades y, en definitiva, para la calidad de vida de los seres humanos*».

A mayores, se señalan las posibles consecuencias: «*la mera insinuación de que algunos entornos naturales pueden oponer sus derechos frente a las personas, que ello justifica que no se alteren los cauces de barrancos o arroyos en zonas ya habitadas o la proliferación de cañaverales, evitando así la adopción de medidas correctoras que pudieran evitar catástrofes naturales, no puede ser valorada desde la perspectiva de una mera cuestión de oportunidad, sino del verdadero calibrado de las consecuencias jurídicas, económicas y sociales del cambio de paradigma propuesto*».

La STC (Pleno) 142/2024 argumenta sin embargo que la atribución de personalidad jurídica al Mar Menor no menoscaba, sino que refuerza, la dignidad de la persona, entendiéndolo en el siguiente sentido: «*Frente a lo argumentando por los recurrentes, no puede verse en la opción legislativa una preterición de la dignidad humana ni de los derechos inviolables que le son inherentes, sino un refuerzo de esa dignidad asociado al reconocimiento de que la vida digna solo es posible en entornos naturales idóneos*»; «*con el reconocimiento de la personalidad jurídica al Mar Menor y su cuenca no cabe ver un propósito de relativizar la dignidad de la persona, valor jurídico fundamental, sino de reforzarla, al conectar el art. 10 con el art. 15 y el art. 45 CE*». Cfr. Fundamento Jurídico 5.b). (BOE núm. 311, de 26 de diciembre de 2024).

³⁹ Vid. punto 1.f) del Voto Particular. (BOE núm. 311, de 26 de diciembre de 2024).

⁴⁰ Vid. punto 1.c) del Voto Particular. (BOE núm. 311, de 26 de diciembre de 2024).

concretos que, de la misma forma, podrían afectar a la persona jurídica robótica disolviendo así los límites entre ésta y la persona física de forma todavía más acentuada de la que se deduce únicamente de su hipotética consideración como persona jurídica.

Así, la atribución de personalidad jurídica a la IA podría derivar en su responsabilidad penal, cuestión *a priori* descabellada pero que cuenta con el sustento del reconocimiento de responsabilidad penal a las personas jurídicas que realizó el legislador español en 2010 terminando con el axioma “*societas delinquere non potest*”⁴¹. Si la persona jurídica puede ser penalmente responsable y se reconoce como tal persona jurídica a la IA, ésta pasaría también a serlo, en los mismos supuestos que cualquier otra, salvo una actuación expresa del legislador en sentido contrario⁴².

Por otro lado, hay que traer a colación el reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas. Así, se puede recordar la antigua STC (Sala Primera) 214/1991, de 11 de noviembre (caso “Violeta Friedman”), en la que se reconoció el derecho al honor del pueblo judío en cuanto colectivo de personas no identificadas individualmente, y, por extensión, a las personas jurídicas⁴³. Entre las más modernas, destacamos la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de febrero de 2021, en la que se declara la necesidad de proteger la reputación (derecho al honor) de un hospital como consecuencia de las declaraciones de un médico respecto a las actuaciones realizadas en el centro sanitario por otros empleados⁴⁴.

Con ello, si ya se ha llegado al punto de declarar que un hospital es tributario del derecho al honor, no está fuera de lugar pensar en que una hipotética consideración de la IA como persona jurídica le acercaría a esta tendencia, devaluadora del carácter inherente de los derechos de la personalidad al ser humano, y, en última instancia, de este último⁴⁵.

Finalmente, podría plantearse el otorgamiento de derechos de autor a los sistemas de IA, dado que pueden generar resultados (más que obras) de forma exclusiva, sin intervención humana. La titularidad o el nacimiento de los derechos de propiedad intelectual requieren de una intervención humana, reserva que es correlato de la creatividad propia del ser humano (art. 5.1 TRLPI). Sin embargo, no es una simple elucubración pensar en que puedan llegar a atribuirse a la IA, máxime si se les reconoce personalidad jurídica, en cuyo caso podría actuar en el tráfico

⁴¹ Vid. Preámbulo, VII, de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP), así como el art. 31 bis CP. La cuestión sigue en boga. Vid. MENÉNDEZ CONCA, «¿Responsabilidad “penal” de las personas jurídicas por la comisión de delitos de amenazas? A propósito de la SAP de Pontevedra 25/2022, de 19 de enero», *Diario La Ley*, N° 10625 - 2024, pp. 1 ss.

⁴² Aplicado a la IA, vid. LAPEÑA AZURMENDI, «¿Es posible hablar de una responsabilidad penal de los robots?», *Diario La Ley*, N° 10543 - 2024, pp. 1 ss: «existen hoy en día límites dogmáticos difícilmente salvables que nos permitan reconocer la responsabilidad penal de estos entes» (op. cit., p. 8).

⁴³ Vid. Fundamentos Jurídicos 6 y 8. (BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 1991).

⁴⁴ Caso *Gawlik versus Liechtenstein*. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/#{"itemid":\["001-208280"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{).

Sobre esta resolución, con una visión crítica, vid. SIERRA GABARDO, «Derecho al honor y personas jurídicas en el CEDH: jurisprudencia reciente», *Diario La Ley*, N° 9911 - 2021, p. 5, dada la «posición de superioridad ciertamente alarmante» en la que queda el poder público (hospital).

⁴⁵ Según MACANÁS, *Derecho Privado y Constitución*, N° 43 - 2023, pp. 35-36, «tales resoluciones pueden ser discutibles, ...; mas ilustran, cuando menos, que tales reconocimientos de derechos no suponen un óbice funcional ni dogmático insalvable desde nuestro sistema».

con relación a tales derechos, y encontrarnos de este modo ante otro ámbito en el que la naturaleza única de la persona queda devaluada⁴⁶.

En esta tesitura, si las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables, se les han reconocido derechos de la personalidad y pueden llegar a ser vehículo, en hipótesis, para el ejercicio de derechos como la propiedad intelectual, atribuir personalidad jurídica a la IA podría desencadenar una verdadera disolución de la centralidad de la persona para el Derecho: una máquina, ¿responsable civil y penalmente, titular del derecho al honor y de derechos de autor? Ciertamente es que el contenido de dicha personalidad jurídica se moldea por la ley en función de su tipología y consecuentes utilidades⁴⁷, pero no olvidemos las tendencias apuntadas ni las consecuencias últimas de equiparar jurídicamente al ser humano con el robot.

4.3. Fundaciones y robótica: la asimilación imposible

El planteamiento relativo a la atribución de personalidad jurídica a la IA puede considerarse al margen de la tipología de personas jurídicas existentes, es decir, como persona jurídica *ad hoc*, o bien en el marco de dicha tipología que contempla el Derecho vigente. Descartando la primera opción por las razones antedichas, parece necesario en este momento analizar la viabilidad de su encuadre en las categorías legalmente reconocidas, sobre todo teniendo en cuenta la existencia de alguna propuesta doctrinal reciente, según veremos, en este sentido.

Si partimos del hecho de que la IA es un bien o una cosa, objeto de Derecho, un hipotético reconocimiento de personalidad jurídica a dicha IA en el marco jurídico actual sólo podría realizarse en el ámbito de las personas jurídicas de tipo fundacional, es decir, aquéllas cuyo sustrato es una *universitates rerum*, con inexistencia de la base asociativa o personal que caracteriza a sociedades y asociaciones en sentido estricto⁴⁸.

Ahora bien, el fundamento patrimonial de la fundación necesita algo más, pues el derecho de fundación está reconocido por el art. 34.1 CE «*para la satisfacción de fines de interés general*», de conformidad con la tradición jurídica del “*interés público*” plasmado en el art. 35.1º CC⁴⁹. Ello obliga a realizar una breve revisión del contenido esencial del derecho, derivado de la norma constitucional, es decir, de los contornos jurídicos básicos de la institución que necesariamente debe respetar el legislador español (art. 53.1 CE).

A estos efectos, la clásica STC (Pleno) 11/1981, de 8 de abril, de la que fue Ponente D. Luis Díez - PÍCAZO, estableció que el contenido esencial de los derechos fundamentales, aunque no sean de primer grado, viene marcado por el elenco de «*facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo..., desnaturalizándose*» (Fundamento Jurídico 10)⁵⁰.

⁴⁶ Sin perjuicio lógicamente de que se encuentren soluciones para evitar el enriquecimiento injusto a costa de la utilización de los resultados de la IA.

⁴⁷ Vid. MACANÁS, *Derecho Privado y Constitución*, Nº 43 - 2023, pp. 23 ss.

⁴⁸ En este sentido, la propuesta de «*fundación robótica*» de CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «¿Humanizar o personificar? Inteligencia artificial y fundaciones robóticas», *Actualidad Civil*, Nº 3 - 2024, pp. 1 ss.

⁴⁹ Vid. CAPILLA RINCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, 1984, pp. 134 ss.

⁵⁰ BOE núm. 99, de 25 de abril de 1981.

En el caso del derecho de fundación, su vinculación al servicio de fines de interés general forma parte del contenido esencial del derecho, de forma que únicamente es posible la constitución de fundaciones con esta característica. Así se deduce del análisis del proceso constitucional, en el que se puso de manifiesto, de forma expresa, la voluntad del legislador constituyente de evitar las vinculaciones privadas de bienes⁵¹; significativamente, la ubicación sistemática del art. 34.1 CE es inmediatamente posterior al reconocimiento de la función social del derecho a la propiedad privada y a la herencia en el art. 33 CE.

Esta configuración del derecho de fundación fue confirmada por la STC (Pleno) 341/2005, de 21 de diciembre: «*resulta esencial el interés público o social que ha de estar presente en todo ente fundacional*», «*rasgo básico*» del que «*se deriva la exigencia de la intervención administrativa*» (Fundamento Jurídico 4); el art. 34.1 CE «*impone*» la finalidad de interés general «*como esencia de la naturaleza jurídica de la institución*», que «*excluye de suyo la satisfacción de intereses particulares mediante la obtención de beneficios*» (Fundamento Jurídico 7)⁵².

En consonancia, así lo ha considerado el legislador estatal, que tiene establecidas como «*condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación reconocido en el artículo 34, en relación con el 53, de la Constitución*» y, por tanto, «*de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1.ª de la Constitución*»⁵³, lo relativo, entre otras cuestiones, a los fines de interés general, en el sentido de fines de interés social, para los que deben constituirse las fundaciones en Derecho español [disposición final primera.1 de la *Ley 50/2002, de 26 de noviembre, de Fundaciones* (en adelante, LF)⁵⁴].

Por tanto, cualquier tipología fundacional debe ser conforme con el contenido esencial del derecho de fundación, conformado por los elementos caracterizadores e identificadores de la institución⁵⁵. Consecuentemente, para atribuir personalidad jurídica fundacional a la IA y respetar la garantía de instituto del derecho de fundación que compromete a los poderes públicos, los sistemas de IA habrían de estar dirigidos, en sí mismos y por su propia naturaleza, a la satisfacción de fines de interés general.

Sin embargo, la IA es una creación empresarial al servicio de intereses económicos, y en última instancia del ser humano, sí, pero de la misma manera que lo son, por ejemplo, otros servicios de *internet*, como los buscadores. Por ello, no compartimos la argumentación a favor de la que se

⁵¹ Según recogimos en PÉREZ ESCOLAR, «Algunas reflexiones en torno a la naturaleza de las fundaciones como personas jurídicas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 787 - 2021, pp. 2970-2971.

⁵² Ponente: Dña. Elisa PÉREZ VERA. (BOE núm. 17, de 20 de enero de 2006).

Como explicaba el profesor LACRUZ BERDEJO, forma parte del contenido esencial del derecho de fundación protegido por el art. 53.1 CE, «*en primer lugar, la finalidad (de interés general) propuesta por el fundador a cuyo servicio se orienta la actividad del ente*», por lo que el legislador «*no puede variar un programa fundacional posible, lícito y de interés general*». Vid. *Elementos de Derecho Civil*, I, Volumen Segundo, Dykinson, 2010, pp. 307, 314-315. En otras palabras, la naturaleza del fin constituye un límite del derecho a fundar. Así, entre los autores más representativos, CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, 1984, p. 137.

⁵³ Corresponde a la competencia exclusiva del Estado «*la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos*».

⁵⁴ Así, se atribuye el carácter de legislación básica a los arts. 2 (concepto de fundación), 3.1, 2 y 3 (fines de interés general), 4 (adquisición de la personalidad jurídica), 14 (patronato como órgano de gobierno y representación), 31 (causas de extinción) y 34.1 (proteccionado como órgano de control) LF. Véase también la disposición final primera.2.a) LF.

⁵⁵ Vid. PÉREZ ESCOLAR, *RCDI*, N° 787 - 2021, pp. 2971 ss, con el análisis de algunas tipologías fundacionales en las que se produce en este sentido una desnaturalización de la persona jurídica tipo fundación, como en las fundaciones bancarias.

ha denominado «*fundación robótica*», que considera que la existencia de un patrimonio responsable de las indemnizaciones constituye el fin de interés general que justifica su creación⁵⁶.

El fin de interés general de la fundación es algo más concreto, es un fin de interés social en sí mismo considerado (art. 3.1 LF) cuya satisfacción se facilita mediante la creación de la persona jurídica; en otro caso, pueden encontrarse infinidad de fines de interés general pues, en última instancia, el Derecho está al servicio de la persona. Téngase en cuenta también que esta naturaleza de los fines es lo que determina la peculiaridad del régimen jurídico de las fundaciones, desde el control público de su actuación a través del Protectorado hasta la normativa fiscal específica.

En definitiva, aparte de no existir la necesidad que justifica el recurso a la personalidad jurídica, el núcleo esencial identificador del derecho de fundación, vinculado constitucionalmente con la satisfacción de fines de interés general, impide su ubicación en esta tipología de personas jurídicas, única posible a considerar dada la naturaleza patrimonial de la IA. Las instituciones son lo que son salvo que queramos hacerlas distintas, en cuyo caso todo cabe, hasta una reforma constitucional⁵⁷.

4.4. La postura de la Unión Europea: de la hipótesis al descarte

a. La hipótesis de la “e-personality”

Frente a la prácticamente inexistente regulación aplicable a la IA a nivel de Derecho interno⁵⁸, los textos europeos son numerosos, abordan una multiplicidad de aspectos relativos a esta tecnología y lo hacen con alcance normativo diverso⁵⁹. Por lo que se refiere al tema que nos ocupa, aportan además una visión esclarecedora relativa a la IA como actividad económica en relación con la asunción de responsabilidad civil en cuanto correlato de la creación de un riesgo.

⁵⁶ Vid. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, AC, Nº 3 - 2024, p. 9 ss: «no sería más que trasladar la apariencia de inteligencia y conciencia robóticas al mundo de las ficciones jurídicas, como sin duda lo son las personas jurídicas. De artificio informático a artificio jurídico» (p. 10).

El mismo autor encuentra semejanzas entre lo plasmado en la *Ley 19/2022, de 30 septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca*, y las características de las fundaciones: «a nuestro modo de ver su estructura es similar a las fundaciones, en que se personifica un bien (en este caso, un área geográfica), también con 3 figuras: un comité de representantes (de la Administración Pública), una comisión de seguimiento (de “guardianes”) y un comité científico» (p. 19, nota 57).

⁵⁷ En palabras del profesor EMBID IRUJO, es conveniente dedicar una atención cuidadosa al Derecho de fundaciones «con la finalidad principal, entre otras, de preservar su auténtica identidad jurídica, siempre en riesgo de deteriorarse por la atención preferente a otros objetivos». Vid. «¿Tiempo de reforma en el Derecho de fundaciones?», *Commenda*, Grupo Investigador en Derecho de Sociedades, 7 de marzo de 2018, <https://www.commenda.es/rincon-de-commenda/tiempo-de-reforma-en-el-derecho-de-fundaciones/>.

A este respecto, es interesante el reciente trabajo sobre la legalidad constitucional de PERLINGIERI, «Il processo evolutivo del “Diritto civile nella legalità costituzionale”, Una lezione alla Camera Civile di Milano», *Revista de Derecho Civil*, Nº 4 (extraordinario) - 2024, pp. 92 ss.

⁵⁸ Debe citarse, no obstante, el art. 41 de la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*, relativo a las actuaciones administrativas automatizadas.

⁵⁹ Para una panorámica general, vid. COCA PAYERAS, «Las iniciativas de la Unión Europea sobre inteligencia artificial: de la persona electrónica, al difícil equilibrio entre la necesidad de impulsarla y evitar sus riesgos», *Revista de Derecho Civil*, Nº 2 (especial) - 2023, pp. 9 ss.

La Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica⁶⁰, fue el primer texto europeo en el que se plasmó la necesidad de dar respuesta jurídica al desarrollo de la IA con una preocupación clara en torno al tema de la responsabilidad civil⁶¹, que se abordó ya con previsión de la complejidad que podrían conllevar los sistemas de aprendizaje autónomo y consecuente imprevisibilidad, pero, al tiempo, declarando la necesidad de reflejar en dicha respuesta los «valores humanistas intrínsecamente europeos y universales» y de garantizar la seguridad jurídica⁶².

Este texto se ha citado como aquél en el que la Unión Europea propuso la atribución de personalidad jurídica a la IA⁶³. Sin embargo, leyendo detenidamente la Resolución, se observa que se trata de una cuestión que se realizó de forma bastante secundaria, y nunca como recomendación, pues el texto lo que hace es formular diversas hipótesis orientadas a la misma finalidad de facilitar el resarcimiento de daños causados por la IA, entre las que destaca la relativa a la creación de un régimen de seguro obligatorio acompañado de un fondo de compensación complementario⁶⁴.

De hecho, la Resolución parte de que los agentes económicos implicados en el desarrollo y comercialización de aplicaciones de IA *«deben estar preparados para aceptar la responsabilidad jurídica respecto de la calidad de la tecnología que producen»*, y de que *«en última instancia, la autonomía de los robots suscita la cuestión de su naturaleza y de si pertenecen a una de las categorías jurídicas existentes o si debe crearse una nueva categoría con sus propias características jurídicas»*⁶⁵.

A estos efectos, la Resolución sigue diciendo que *«en el actual marco jurídico, los robots no pueden ser considerados responsables de los actos u omisiones que causen daños a terceros»*, considerando aplicable, aun con las dificultades que pueda plantear la prueba de la relación de causalidad, el régimen de responsabilidad civil, objetiva, por productos defectuosos⁶⁶. Posteriormente, se incide en la misma idea de que, *«al menos en la etapa actual, la responsabilidad debe recaer en un humano, y no en un robot»*, señalándose a estos efectos la posibilidad de establecer un régimen de seguro obligatorio como garantía de la reparación, con consideración de todos los responsables potenciales de la cadena, y la creación de un fondo de compensación para los casos de ausencia de cobertura del seguro⁶⁷.

Únicamente después, cuando se plantean *«todas las posibles soluciones jurídicas»* y tras insistir de nuevo en la idea del seguro obligatorio y el fondo de compensación, la Resolución se refiere a la

⁶⁰ DOUE de 18 de julio de 2018, C 252/239 ss.

⁶¹ De fecha anterior, conviene recordar como norma aplicable a los sistemas de IA, el art. 22 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), que reguló el derecho de oposición ante la aplicación de decisiones automatizadas que tengan efectos jurídicos.

⁶² Vid. Principios generales, U. e Y.; Responsabilidad, Z. AA., A.B., A.F. y A.I.; punto 49. (C 252/241 ss y C 252/249).

⁶³ Así, ERCILLA GARCÍA, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, N° 47 - 2018, pp. 2-3, afirmando que incluso el Parlamento Europeo «conmina a la Comisión» en esta Resolución para dotar de personalidad jurídica a los entes dotados de voluntad, que en el caso de los robots se materializa en la posibilidad de toma de decisiones autónomas; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, AC, N° 3 - 2024, p. 6.

⁶⁴ En esta línea, LACRUZ MANTECÓN, *RGLJ*, N° 4 - 2023, p. 643, señalando que se trata de «un texto aislado y un tanto anómalo».

⁶⁵ Cfr. Principios generales, M.; Responsabilidad, Z. AC. (C 252/240 y C 252/242).

⁶⁶ Vid. Responsabilidad, Z. AD., AE. y AH. (C 252/242).

⁶⁷ Cfr. puntos 56, 57 y 58. (C 252/249 y C 252/250).

hipótesis de «crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente»⁶⁸.

Por tanto, la Resolución de 16 de febrero de 2017 no realizó una propuesta de atribución de personalidad jurídica a los sistemas de IA sino un simple planteamiento del tema como posible solución jurídica entre varias que no fue más allá de su formulación como tal. Ello resulta corroborado en sus Recomendaciones finales, en las que, a colación de la solicitud a la Comisión Europea de una propuesta de Directiva sobre legislación civil en materia de robótica, se insiste en la conveniencia de un régimen de seguro obligatorio complementado por un fondo de compensación sin mención alguna a la hipótesis en cuestión⁶⁹.

De forma más esclarecedora en cuanto a la explicación de los fundamentos de la no atribución de personalidad jurídica a la IA, y de la misma época, los *Dictámenes del Comité Económico y Social Europeo de 31 de mayo y de 1 de junio de 2017 sobre la «Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad»*⁷⁰, se centraron en uno de los temas clave, la elusión de responsabilidad que se produciría a través del reconocimiento de autonomía jurídica a los sistemas de IA, que se calificó de «riesgo moral inaceptable»:

«3.33. Existe mucha controversia sobre la cuestión de quién es el responsable de los daños que pueda causar un sistema de IA, sobre todo cuando se trata de sistemas autodidactas que continúan aprendiendo después de su entrada en servicio. El Parlamento Europeo ha formulado algunas recomendaciones relativas a la legislación civil en materia de robótica, incluida la propuesta de examinar la posibilidad de dotar a los robots de una «personalidad jurídica» (e-personality) para poder atribuirles la responsabilidad civil por los daños que causen. El CESE se opone a cualquier tipo de estatuto jurídico para los robots o sistemas de IA por el riesgo moral inaceptable que ello conlleva. La legislación en materia de responsabilidad tiene un efecto correctivo y preventivo que podría desaparecer en cuanto el riesgo de responsabilidad civil dejase de recaer sobre el autor por haberse transferido al robot (o sistema de IA)»⁷¹.

A mayores, los citados Dictámenes de 2017 abordaron alguna cuestión relativa a la forma o categoría jurídica que pudiera adoptarse a efectos de la “e-personality”, la cual, por el motivo antedicho, se dice que «sería susceptible de uso y aplicación indebidos»; particularmente, «la comparación con la responsabilidad limitada de las sociedades no es válida, puesto que el responsable en última instancia es siempre una persona física». Todo ello conduce en última instancia a la necesidad de analizar la idoneidad de las legislaciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos y a fomentar que la Unión Europea adopte en esta materia «un papel de liderazgo estableciendo marcos universales y uniformes para la IA»⁷².

⁶⁸ Vid. punto 59, C 252/250.

⁶⁹ Vid. C 252/251 y C 252/252.

⁷⁰ DOUE de 31 de agosto de 2017, C 288/1 ss.

⁷¹ Cfr. C 288/7.

⁷² Vid. C 288/7. Así, en el punto «3.35. La IA no conoce fronteras. Por consiguiente, es importante examinar la necesidad de una reglamentación mundial, pues la normativa regional será insuficiente e incluso de efectos no deseados. Visto su sistema de normas sobre seguridad de los productos, o la tentación de proteccionismo en otros continentes, el

b. Abandono de la idea. Riesgo y responsabilidad civil

A partir de este momento, la idea de atribución de personalidad jurídica a los sistemas de IA no aparece en los textos comunitarios como hipótesis a efectos de facilitar la responsabilidad civil. El Derecho de la Unión Europea se centra en poner de manifiesto la problemática subyacente desde el punto de vista, en síntesis, de la imputación subjetiva y de la prueba de la relación de causalidad, en el marco de la aplicación del régimen de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos o mediante la creación de un régimen específico de responsabilidad civil.

Así se plasma en el *Libro Blanco de la Comisión Europea de 19 de febrero de 2020, sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*⁷³, y, en su prácticamente coetánea *Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial*⁷⁴, que incluyó, con un objetivo de armonización máxima⁷⁵, una *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo sobre responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de IA* basada en el régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos, que se dejaba únicamente pendiente de adaptación al entorno digital⁷⁶.

A mayores, la Propuesta de Reglamento previó un régimen de responsabilidad objetiva aplicable al operador, inicial y final, en su caso de forma solidaria, para los que se empezaron a denominar «sistemas de alto riesgo»; responsabilidad objetiva que es consecuencia de la creación, mantenimiento o control de dicho riesgo, de igual forma que sucede en el caso del propietario de

alto nivel de conocimiento en toda Europa, el sistema europeo de los derechos fundamentales y de valores sociales y diálogo social, el CESE recomienda que la UE adopte un papel de liderazgo estableciendo marcos universales y uniformes para la IA, y que fomente este proceso a nivel mundial».

⁷³ Vid. COM (2020) 65 final, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0065>, pp. 14 ss, poniendo de manifiesto, entre otras cuestiones, las dificultades relacionadas con la imprevisibilidad del daño cuando los sistemas de IA tienen capacidad de autoaprendizaje y con la integración de los sistemas de IA en productos y servicios (por ejemplo, vehículos).

⁷⁴ DOUE de 6 de octubre de 2021, C 404/107 ss.

⁷⁵ Vid. C 404/110 y C 404/121.

⁷⁶ Vid. DOUE de 6 de octubre de 2021, C 404/110, C 404/111, C 404/117, C 404/120 y C 404/121.

un automóvil o de un animal⁷⁷, y proponiéndose de nuevo un régimen de seguro obligatorio como garantía del cobro de las indemnizaciones⁷⁸.

Con ello, se descarta expresamente la idea de la personalidad jurídica con base en su innecesariedad: *«todas las actividades, dispositivos o procesos físicos o virtuales gobernados por sistemas de IA pueden ser técnicamente la causa directa o indirecta de un daño o un perjuicio, pero casi siempre son el resultado de que alguien ha construido o desplegado los sistemas o interferido en ellos»*, por lo que *«no es necesario atribuir personalidad jurídica a los sistemas de IA»*. Y es que, como acertadamente se recuerda, los conceptos consolidados en materia de responsabilidad civil por razones de justicia material permiten eludir las dificultades relacionadas con su imputación subjetiva *«haciendo responsables a las diferentes personas de toda la cadena de valor que crean, mantienen o controlan el riesgo»*, riesgo que se debe minimizar *ex ante* e indemnizar *ex post*⁷⁹.

A mayor abundamiento, el Considerando (6) de la Propuesta de Reglamento de 2020 declaró que *«cualquier cambio necesario del marco jurídico vigente debe comenzar con la aclaración (¿necesaria?) de que los sistemas de IA no tienen personalidad jurídica ni conciencia humana, y que su única función es servir a la humanidad. Muchos sistemas de IA tampoco son tan diferentes a otras tecnologías basadas, a veces, en programas informáticos aún más complejos»*⁸⁰.

Con estos precedentes se presentó, en un nuevo marco regulatorio, la *Propuesta de Directiva, del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial*, de 28 de septiembre de 2022, dirigida a articular un régimen específico de responsabilidad civil en materia de IA, complementario del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos, sin mención alguna ya a la hipótesis de la autonomía jurídica de los sistemas de IA⁸¹.

Su contenido giró en torno a la armonización mínima de determinados aspectos relativos a la responsabilidad subjetiva o por culpa regulada por los Estados miembros en torno a la facilitación de la carga de la prueba del demandante, dejando como tema objeto de revisión tras un periodo de seguimiento el de la adopción de un sistema más estricto, de responsabilidad objetiva,

⁷⁷ Es interesante la explicación que realiza la Resolución de 20 de octubre de 2020 de las dificultades que plantean los sistemas de IA a efectos de responsabilidad civil, derivados, en síntesis, de la opacidad, capacidades de autoaprendizaje, autonomía, conectividad entre sistemas, actualizaciones, agentes involucrados y ciberseguridad, y todo ello en relación con la trazabilidad de la acción causante del daño. Vid. C 404/109 (Considerando H), C 404/110, C 404/116 y C 404/117.

Según el art. 4.3 de la Propuesta de Reglamento, *«los operadores de un sistema de IA de alto riesgo no podrán eludir su responsabilidad civil alegando que actuaron con la diligencia debida o que el daño o perjuicio fue causado por una actividad, un dispositivo o un proceso autónomos gobernados por su sistema de IA. Los operadores no serán responsables si el daño o perjuicio ha sido provocado por un caso de fuerza mayor»*.

Para el resto de sistemas de IA, no considerados de alto riesgo, se previó su sometimiento a un régimen de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba, es decir, con una presunción de culpa del operador de la que sólo podría liberarse probando una actuación diligente basada en criterios de razonabilidad de su atención sobre el sistema de IA pero independiente de la autonomía del sistema, que no permitiría exonerar de responsabilidad (art. 8 de la Propuesta de Reglamento). Vid. C 404/111, C 404/112, C 404/117 ss y C 404/122 ss.

⁷⁸ Aplicable a operador inicial y final y complementado con fondos especiales de compensación creados por los Estados miembros para casos excepcionales, como daños colectivos o sistemas de IA no sujetos al régimen de seguro obligatorio por no ser de alto riesgo. Vid. C 404/109 (Considerando I), C 404/113, C 404/120 y C 404/123.

⁷⁹ Vid. C 404/110 y C 404/117.

⁸⁰ Vid. C 404/116 y C 404/117.

⁸¹ Vid. COM (2022) 496 final, p. 12.

aplicable al operador y a determinados tipos de sistemas de IA⁸². La iniciativa, aparte de poner de manifiesto la complejidad de los temas procesales que aborda, se mantuvo por tanto en la línea de búsqueda de un régimen de responsabilidad civil adecuado para la IA complementario del aplicable a productos defectuosos⁸³.

De hecho, esta Propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil en materia de IA, que no ha tenido continuidad en su tramitación⁸⁴, es de la misma fecha que la *Propuesta de Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos*, de 28 de septiembre de 2022⁸⁵, en lo que se consideró (por la primera de ellas) un «paquete destinado a adaptar las normas de responsabilidad a la era digital y a la IA garantizando la necesaria armonización entre estos dos instrumentos jurídicos complementarios»⁸⁶.

Este enfoque es el que se ha consumado parcialmente con la aprobación de la *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 Consejo*, que, con un objetivo general de armonización máxima⁸⁷ y plazo de transposición hasta 9 de diciembre de 2026⁸⁸, vuelve a establecer un régimen de responsabilidad objetiva para productos defectuosos, entre los que se incluye la IA como bien mueble, aun cuando no sea un robot, cuya consideración constituye además uno de los motivos principales de revisión de la Directiva de 1985⁸⁹.

⁸² Art. 5. Vid. COM (2022) 496 final, pp. 16-17, 27, 32-33.

⁸³ Esta Propuesta no consideró conveniente armonizar aspectos generales de la responsabilidad civil, centrándose en aligerar la carga de la prueba del demandante a través de la facilitación de la exhibición de pruebas y de las presunciones refutables (*iuris tantum*) a su favor (arts. 1.1, 3 y 4). Cambios más importantes, como la inversión de la carga de la prueba o las presunciones irrefutables (*iuris et de iure*), no se tienen en cuenta aludiéndose a la oposición empresarial al respecto. Vid. COM (2022) 496 final, pp. 13 ss, 19, 28 ss.

Sobre su justificación como Propuesta de Directiva de mínimos (art. 1.4), que hubiera permitido la aplicación de normas nacionales más beneficiosas para el demandante, como la inversión de la carga de la prueba o la responsabilidad objetiva, vid. COM (2022) 496 final, pp. 20-21, 28.

Para un análisis de su contenido, vid. MARTÍN CASALS, «Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial», *InDret*, N° 3 - 2023, pp. 71 ss.

⁸⁴ Pese a que tampoco está abandonada. Vid. GÓMEZ LIGÜERRE, «Responsabilidad por daños causados por la inteligencia artificial», *InDret*, N° 1 - 2025, Editorial, p. XI.

⁸⁵ COM (2022) 495 final.

⁸⁶ Cfr. COM (2022) 496 final, p. 13.

⁸⁷ Art. 3 (DOUE de 18 de noviembre de 2024, L 12/22).

⁸⁸ Se deroga la Directiva 85/374/CEE con efectos a partir del mismo 9 de diciembre de 2026, que seguirá aplicándose no obstante a los productos introducidos en el mercado o puestos en servicio antes de esa fecha (arts. 21 y 22, DOUE de 18 de noviembre de 2024, L 20/22).

⁸⁹ Vid. Considerandos (3), y, especialmente, (13): «Los programas informáticos, como los sistemas operativos, los microprogramas, los programas de ordenador, las aplicaciones o los sistemas de IA, son cada vez más comunes en el mercado y desempeñan un papel cada vez más importante para la seguridad de los productos. Los programas informáticos pueden introducirse en el mercado como productos autónomos o, posteriormente, pueden integrarse en otros productos como componentes, y pueden causar daños al ejecutarse. En aras de la seguridad jurídica, debe aclararse en esta Directiva que los programas informáticos son un producto a efectos de la aplicación de la responsabilidad objetiva, independientemente de su modo de suministro o uso, y, por tanto, con independencia de si el programa informático está almacenado en un dispositivo, se accede a él a través de una red de comunicaciones o tecnologías en la nube o se suministra a través de un modelo de programa informático como servicio». Cfr. DOUE de 18 de noviembre de 2024, L 1/22 y L 2/22.

La Directiva (UE) 2024/2853 no es sin embargo de aplicación a «programas informáticos libres y de código abierto que se desarrollen o suministren fuera del contexto de una actividad comercial». Vid. arts. 2.2 y 4 (DOUE de 18 de noviembre de 2024, L 11/22 y 12/22).

A efectos de este trabajo, es importante destacar que no se considera obstáculo a la responsabilidad del fabricante el hecho de que los sistemas de IA tengan capacidades de autoaprendizaje que puedan generar daños imprevisibles ni sus posibilidades de modificación después de la introducción en el mercado a través de actualizaciones o mejoras, que forman parte del ámbito de «control del fabricante» [art. 4.5)] y por ello no se consideran causa de exención de responsabilidad (art. 11.2)⁹⁰. El producto se considera defectuoso «cuando no ofrezca la seguridad que una persona tiene derecho a esperar» (art. 7.1), y el defecto se presume «cuando el demandante demuestre que el producto no cumple los requisitos obligatorios de seguridad» [art. 10.2.b)]⁹¹.

Por otro lado y como cuestiones relevantes, los sujetos a los que se puede realizar la imputación subjetiva de responsabilidad son los «operadores económicos responsables de los productos defectuosos» (art. 8); se mantiene el carácter solidario de dicha responsabilidad cuando varios de ellos sean responsables de los mismos daños (art. 12), y se establece que la misma se puede reducir o anular por la intervención del perjudicado o de una persona de la que sea responsable pero no por acción u omisión de un tercero (art. 13)⁹².

En definitiva, todo ello plasma una opción clara del legislador comunitario a favor de que la responsabilidad civil por daños causados por los sistemas de IA se pueda satisfacer mediante un régimen de responsabilidad civil, quedando descartada en este momento la hipótesis relativa a la atribución de personalidad jurídica a dichos sistemas.

Sin perjuicio de que sea más o menos conveniente la articulación de un régimen específico de responsabilidad civil aplicable a los daños causados por la IA⁹³, la Directiva (UE) 2024/2853 ha supuesto un avance indudable a tener en cuenta en consideración de cuestiones como la posibilidad de imputación de responsabilidad a cualquier operador económico y con carácter independiente de que el sistema de IA tenga capacidades de autoaprendizaje o se modifique mediante actualizaciones o mejoras después de su introducción en el mercado⁹⁴.

Finalmente, la valoración de esta Directiva (UE) 2024/2853 ha de realizarse en el marco de la aprobación, tan sólo unos meses antes, 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* (en adelante, RIA), comúnmente conocido como “ley de IA”.

⁹⁰ Según el Considerando (50), «dado que las tecnologías digitales permiten a los fabricantes ejercer control más allá del momento de la introducción del producto en el mercado o de la puesta en servicio, los fabricantes deben seguir siendo responsables de las deficiencias que se originen después de ese momento como resultado de programas informáticos o servicios conexos que estén bajo su control, ya sea en forma de actualizaciones o mejoras o de algoritmos de aprendizaje automático. Debe considerarse que estos programas informáticos o servicios conexos están bajo el control del fabricante cuando sean suministrados por él o cuando éste los autorice o de cualquier otro modo consienta en su suministro por un tercero». Vid. DOUE de 18 de noviembre de 2024, L 9/22, L 12/22 y L 17/22.

⁹¹ De forma semejante a la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil en materia de IA, se prevén mecanismos para facilitar la carga de la prueba del perjudicado relacionados con la exhibición de pruebas y con las presunciones *iuris tantum* relativas al carácter defectuoso del producto y al nexo causal entre el defecto y el daño (arts. 9 y 10). Vid. DOUE de 18 de noviembre de 2024, L 14/22 ss.

⁹² Vid. DOUE de 18 de noviembre de 2024, L 15/22 ss.

⁹³ Vid. MARTÍN CASALS, *InDret*, N° 3 - 2023, pp. 67 ss; GÓMEZ LIGÜERRE, *InDret*, N° 1 - 2025, Editorial, pp. X-XI.

⁹⁴ Incluso la causa de exoneración relativa a los denominados “riesgos del desarrollo”, que puede reducir la efectividad de esta responsabilidad civil, se permite que sea eludida por los Estados miembros en determinadas condiciones (art. 18). Según el art. 11.1.e) nos encontramos ante esta causa de exención de responsabilidad cuando no se puede detectar el defecto en el momento en que se introdujo el producto en el mercado o estuvo bajo el control del fabricante dada la situación del conocimiento en ese momento. Vid. DOUE de 18 de noviembre de 2024, L 17/22 y L 19/22.

Aunque tenga un objeto principal distinto, centrado en la «protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales» frente a los efectos perjudiciales de la IA⁹⁵, forma parte del sistema de responsabilidad civil que se está conformando con un fundamento de gestión de riesgos; el RIA establece normas de seguridad de producto cuyo incumplimiento habrá de valorarse a efectos de la procedencia de la reparación del daño⁹⁶. Así, según su Considerando (9), «*permanecen inalterados y siguen siendo plenamente aplicables todos los derechos y vías de recurso que el citado Derecho de la Unión otorga a los consumidores y demás personas que puedan verse afectados negativamente por los sistemas de IA, también en lo que respecta a la reparación de los posibles daños de conformidad con la Directiva 85/374/CEE del Consejo*»⁹⁷.

5. Conclusiones: la creación de la IA no es casual

El impacto social que está causando el desarrollo de la IA está llevando a una distorsión sobre lo que es, una tecnología al servicio de la persona que no puede compararse con la naturaleza única del ser humano. Esta percepción de distorsión sociológica sobre lo que es la IA, potenciada por su constante sublimación en los medios de comunicación, conlleva el peligro de que en algún momento se produzca la distorsión jurídica que supondría atribuir personalidad jurídica a los sistemas de IA en un intento de asimilar también en este ámbito al ser humano con el robot bajo el pretexto de facilitar la reparación de daños.

Si el reconocimiento de personalidad jurídica a entes no humanos constituye un recurso excepcional del Derecho frente a la personalidad primigenia del ser humano, la buena práctica jurídica conlleva que no se puede recurrir a la creación de nuevas personas jurídicas cuando no existe una necesidad de servicio a la persona que lo justifique; en el caso que nos ocupa, la responsabilidad civil por daños causados por los sistemas de IA se puede satisfacer a través de un régimen jurídico adecuado en materia de responsabilidad civil. A mayores, la creación de una persona jurídica “robótica” carece actualmente de posibilidades de encaje en la tipología de

⁹⁵ Para ello, se establecen, en síntesis, normas armonizadas para la puesta en servicio y utilización de sistemas de IA; prohibiciones de determinadas prácticas de IA (riesgo inaceptable); requisitos para los sistemas de IA de alto riesgo para los derechos fundamentales; normas de transparencia aplicables a determinados sistemas de IA; normas sobre vigilancia del mercado y medidas de apoyo a la innovación. Vid. art. 1, DOUE de 12 de julio de 2024, L 44/144 y L 45/144.

La Unión Europea asume con ello los objetivos del *Convenio Marco sobre Inteligencia Artificial, Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho*, primer Tratado Internacional en materia de IA firmado por dicha Unión Europea. Vid. *Decisión (EU) 2024/2218, del Consejo, de 28 de agosto de 2024, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio Marco del Consejo de Europa sobre Inteligencia Artificial, Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho*, DOUE de 4 de septiembre de 2024, L 1 ss.

⁹⁶ De hecho, ya hemos señalado la consideración del incumplimiento de los requisitos de seguridad en las presunciones de defecto de la Directiva (UE) 2024/2853. Vid. GÓMEZ LIGÜERRE, «La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos», *InDret*, N° 4 - 2022, Editorial, p. V; MARTÍN CASALS, *InDret*, N° 3 - 2023, pp. 63 ss, 93-94; RUBÍ PUIG, «Una lectura del Reglamento de Inteligencia Artificial desde el derecho privado», *InDret*, N° 4 - 2024, Editorial, pp. I ss, especialmente, p. III.

⁹⁷ Cfr. DOUE de 12 de julio de 2024, L 3/144.

Por otro lado, el requisito de la transparencia algorítmica frente a la opacidad de los sistemas, que persigue la accesibilidad de la información sobre los procesos que siguen los sistemas de IA para llegar a sus resultados, parece configurarse también como un fundamento importante del régimen de responsabilidad civil. Vid. COTINO HUESO, «Qué concreta transparencia e información de algoritmos e inteligencia artificial es la debida», *Revista Española de la Transparencia*, N° 16 - 2023, pp. 20 ss; MÉNDEZ SERRANO, *Derecho Privado y Constitución*, N° 44 - 2024, pp. 82 ss.

personas jurídicas reconocidas en nuestro Derecho, con fundamento constitucional en el caso de la única categoría posible, la fundación.

Afortunadamente, la Unión Europea ha descartado la hipótesis de la que denominó «*e-personality*», que no ha ido más allá de su formulación como tal hipótesis en algún texto aislado, y ha adoptado un enfoque basado en la responsabilidad civil que se genera como consecuencia de la creación de un riesgo por el ejercicio de una actividad económica; así ha sido finalmente recogido en la Directiva (UE) 2024/2853, sobre responsabilidad civil por productos defectuosos, con su complementario RIA. Seguramente a día de hoy no hay otra opción, pues el «*riesgo moral inacceptable*» que supondría la elusión de responsabilidad a través de la creación de una nueva persona jurídica ha sido recogido en estos términos por los propios textos comunitarios y el afianzamiento social de la IA no ha llegado al punto en que los límites entre el humano y la máquina se diluyan.

El objetivo indemnizatorio ha de satisfacerse mediante un marco jurídico basado en la responsabilidad de quien, para obtener un beneficio, actúa como operador económico creando un riesgo. La creación y programación de los sistemas de IA, así como los datos que se ponen a su disposición, no son hechos casuales, responden a la visión y voluntad de creador y fabricante, lo cual alcanza a la dotación o no de potencialidades de autoaprendizaje y de posibilidades de actualización o mejora; la imprevisibilidad de los resultados de ciertos sistemas de IA es por ello bastante relativa.

En última instancia, estas reflexiones nos llevan a reivindicar la centralidad de la persona como razón de ser del Derecho (humanismo) frente a la despersonalización de las relaciones jurídicas y el peligro de devaluación del ser humano ante comparaciones imposibles con la tecnología y sus derivaciones jurídicas (transhumanismo). Me permito por todo ello terminar con un fragmento perteneciente al discurso de Howard ROARK (Gary COOPER) en la película «*The Fountainhead*» («*El manantial*»), dirigida por King VIDOR en 1949 (esto no es nada nuevo), a propósito de la creatividad de la persona y el entendimiento de su individualidad primera, única y original, para su puesta en servicio a la sociedad, frente a los «*robots sin cerebros y sin almas*»:

«... esa es la naturaleza de la creatividad, el hombre no puede sobrevivir si no es a través de su mente, llega al mundo desarmado, su cerebro es su única arma, pero la mente es un atributo del individuo, es inconcebible que exista un cerebro colectivo, el hombre que piensa debe pensar y actuar por sí sólo (...). El creador se mantiene firme en sus convicciones, el parásito sigue las opiniones de los demás; el creador piensa, el parásito copia; el creador produce, el parásito saquea; (...). Fíjense en la historia, todo lo que tenemos, todos los grandes logros han surgido del trabajo independiente de mentes independientes, y todos los horrores y destrucciones, de los intentos de obligar a la humanidad a convertirse en robots sin cerebros y sin almas, sin derechos personales, sin ambición personal, sin voluntad, esperanza o dignidad. Es un conflicto antiguo, tiene otro nombre, lo individual contra lo colectivo».

6. Bibliografía

ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo De, *La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.

ALONSO PÉREZ, Mariano, «Consideraciones en torno a la persona y a su valoración jurídica», en Díez-PICAZO, Luis (coord.), *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Volumen I, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 241-268.

ARGELICH COMELLES, Cristina, «Contratación con inteligencia artificial y contratos algorítmicos: repensando el Derecho civil ante el informe español de la legislación de consumo y mercantil para la Comisión Europea», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 804 - 2024, pp. 2033-2071.

ARIAS RAMOS, José /ARIAS BONET, Juan Antonio, «Derecho romano», I, Parte General, Derechos Reales, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1990.

ASENJO, Juan José, «Robots y cotización», *Diario La Ley*, N° 10581 - 2024, pp. 1-10.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín, «Daños causados por las cosas: una nueva visión a raíz de la robótica y de la inteligencia artificial», en HERRADOR GUARDIA, Mariano José (dir.), *Derecho de daños*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 317-375.

BARRIO ANDRÉS, Moisés, «Hacia una personalidad electrónica para los robots», *Revista de Derecho Privado*, N° 2 - 2018, pp. 89-107.

CAPILLA RONCERO, Francisco, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Tecnos, Madrid, 1984.

CASTRO Y BRAVO, Federico De, *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1984.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «¿Humanizar o personificar? Inteligencia artificial y fundaciones robóticas», *Actualidad Civil*, N° 3 - 2024, pp. 1-20.

COCA PAYERAS, Miguel, «Las iniciativas de la Unión Europea sobre inteligencia artificial: de la persona electrónica, al difícil equilibrio entre la necesidad de impulsarla y evitar sus riesgos», *Revista de Derecho Civil*, N° 2 (especial) - 2023, pp. 3-40.

COTINO HUESO, Lorenzo, «Qué concreta transparencia e información de algoritmos e inteligencia artificial es la debida», *Revista Española de la Transparencia*, N° 16 - 2023, pp. 17-63.

DELGADO MARTÍN, Joaquín, «Notas sobre el uso de la IA generativa por profesionales del sistema de justicia», *Diario La Ley*, N° 10568 - 2024, pp. 1-4.

DÍAZ ALABART, Silvia, *Robots y responsabilidad civil*, Reus, Madrid, 2018.

DÍAZ Díez, Cristian Andrés, «Voluntad y motivación en actos administrativos automatizados con inteligencia artificial: ¿un nuevo entendimiento de conceptos humanos?», *InDret*, N° 4 - 2024, pp. 409-440.

EMBED IRUJO, José Miguel, «¿Tiempo de reforma en el Derecho de fundaciones?», *Commenda*, Grupo Investigador en Derecho de Sociedades, 7 de marzo de 2018, <https://www.commenda.es/rincon-de-commenda/tiempo-de-reforma-en-el-derecho-de-fundaciones/>.

ERCILLA GARCÍA, Javier, «Aproximación a una Personalidad Jurídica Específica para los robots», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, N° 47 - 2018, pp. 1-19.

FERRARA, Francesco, *Teoría de las personas jurídicas*, traducción de la segunda edición revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury, Comares, Granada, 2006.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos», *InDret*, N° 4 - 2022, Editorial, pp. I-VII.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «Responsabilidad por daños causados por la inteligencia artificial», *InDret*, N° 1 - 2025, Editorial, pp. IX-XI.

LACRUZ BERDEJO, José Luis/SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís/ LUNA SERRANO, Agustín/DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús/RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco/RAMS ALBESA, Jesús, *Elementos de Derecho Civil*, I, Parte General, Volumen Segundo, Personas, Dykinson, Madrid, 2010.

LACRUZ MANTECÓN, Miguel L., «Yo, robot: ¿puede un robot tener personalidad jurídica?», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, N° 4 - 2023, pp. 629-658.

LAPEÑA AZURMENDI, Javier, «¿Es posible hablar de una responsabilidad penal de los robots?», *Diario La Ley*, N° 10543 - 2024, pp. 1-11.

LLAMAS POMBO, Eugenio, «Una concepción moderna del contrato no permite ya seguir hablando de la teoría general del contrato», *Actualidad Civil*, N° 7 - 2024, pp. 1-6.

MACANÁS, Gabriel, «Bases para la personalidad jurídica de los entes no humanos», *Derecho Privado y Constitución*, N° 43 - 2023, pp. 11-52.

MARTÍN CASALS, Miquel, «Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial», *InDret*, N° 3 - 2023, pp. 55-100.

MÉNDEZ SERRANO, M^a del Mar, «Derechos fundamentales y personalidad jurídica de los robots: ¿para qué?», *Derecho Privado y Constitución*, N° 44 - 2024, pp. 51-89.

MENÉNDEZ CONCA, Lucas G., «¿Responsabilidad “penal” de las personas jurídicas por la comisión de delitos de amenazas? A propósito de la SAP de Pontevedra 25/2022, de 19 de enero», *Diario La Ley*, N° 10625 - 2024, pp. 1-12.

OROZCO PARDO, Guillermo, «Inteligencia artificial y robótica, Por un marco legal coordinado y coherente», en HERRERA TRIGUERO, Francisco/PERALTA GUTIÉRREZ, Alfonso/TORRES LÓPEZ, Leopoldo Salvador (coords.), *El Derecho y la Inteligencia artificial*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2022, pp. 175-188.

OROZCO PARDO, Guillermo, «Inteligencia artificial, redes sociales, estereotipos y perfiles: los sesgos y la censura por usuarios», *Diario La Ley*, N° 10653 - 2025, pp. 1-4.

PÉREZ ESCOLAR, Marta, «Algunas reflexiones en torno a la naturaleza de las fundaciones como personas jurídicas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 787 - 2021, pp. 2963-2978.

PÉREZ ESCOLAR, Marta, «Integración de la prestación de servicios médicos. Cuestiones relevantes al hilo de las nuevas normas deontológicas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 805 - 2024, pp. 2579-2611.

PERLINGIERI, Pietro, «Il processo evolutivo del “Diritto civile nella legalità costituzionale”, Una lezione alla Camera Civile di Milano», *Revista de Derecho Civil*, N° 4 (extraordinario) - 2024, pp. 73-96.

ROGEL VIDE, Carlos, «¿Lagunas como sujetos de derechos? -El Mar Menor y la Ley 19/2022-», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, N° 4 - 2022, pp. 713-728.

RUBÍ PUIG, Antoni, «Una lectura del Reglamento de Inteligencia Artificial desde el derecho privado», *InDret*, N° 4 - 2024, Editorial, pp. I-VIII.

SANZ VALENTÍN, Luis Antonio, «El Derecho, camino de progreso, (1950, El camino, Real Academia Española, Colección III centenario, 2014», en SERRANO ARGÜELLO, Noemí (dir.), *Derecho y literatura en la novela de MIGUEL DELIBES*, Aranzadi-Diputación de Valladolid, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 79-103.

SIERRA GABARDO, Roberto, «Derecho al honor y personas jurídicas en el CEDH: jurisprudencia reciente», *Diario La Ley*, N° 9911 - 2021, pp. 1-5.

VARONA, Daniel, «Algoritmos e inteligencia artificial en el sistema de justicia penal», *InDret*, N° 4 - 2024, Editorial, pp. XII-XV.

Andrea Padrón Villalba
Universidad de La Laguna

Sobre la personificación de la naturaleza

Sumario

-
Este trabajo ofrece un análisis crítico de la técnica de la personificación jurídica de la naturaleza, partiendo de la constatación, desde distintas ramas del derecho, de que no ha generado mejoras efectivas en su protección. Se cuestiona, en primer lugar, que esta fórmula sea jurídicamente deseable en el ordenamiento español. A continuación, aceptando hipotéticamente su posibilidad, se demuestra su escasa utilidad práctica. El estudio del caso del Mar Menor y de otros ejemplos comparados revela deficiencias en la fundamentación dogmática, ambigüedades normativas y una configuración institucional poco clara. A continuación, se analizan cuáles podrían ser los problemas conceptuales y competenciales que afrontarían otras comunidades autónomas que quisieran emplear esta técnica. Todo ello pone de manifiesto la necesidad de exigir leyes técnicamente rigurosas, coherentes con el sistema jurídico y orientadas a la consecución de efectos reales. El uso simbólico del derecho no debe sustituir al desarrollo de mecanismos jurídicos eficaces y otorgar personalidad a la naturaleza puede resultar más perjudicial que útil para su protección real.

Abstract

-
This article offers a critical assessment of the technique of granting legal personhood to nature, based on the observation, from various legal fields, that such recognition has not led to tangible improvements in environmental protection. Firstly, it is questioned whether this formula is legally desirable in the Spanish legal system. Then, assuming its hypothetical admissibility, it is highlighted its limited practical utility. Through an analysis of the Mar Menor case and other comparative examples, the paper identifies significant doctrinal weaknesses, normative ambiguities, and an unclear institutional configuration. The following section analyses the potential conceptual and competence challenges that other autonomous communities might face if they sought to apply this technique. The discussion underscores the need for technically rigorous and coherent legislation capable of achieving real-world effects. Symbolic uses of law must not replace the development of effective legal mechanisms, and granting legal personhood to nature may ultimately be more detrimental than beneficial to its actual protection.

Title: Legal Personhood of Nature

-
Palabras clave: Personalidad jurídica; Derechos de la naturaleza; Mar Menor; Calidad normativa.

Keywords: Legal personhood; Rights of nature; Mar Menor; Regulatory quality.

-
DOI: 10.31009/InDret.2025.i3.03

3.2025

Recepción
22/04/2025

-

Aceptación
14/05/2025

-

Índice

-

1. Introducción

2. ¿Cómo hemos llegado a plantearnos los derechos de la naturaleza?

3. ¿Qué implica personificar?

3.1. Contexto general

3.2. ¿Qué entendemos nosotros por personalidad jurídica?

4. Los derechos de la naturaleza en ordenamientos europeos

4.1. España: Mar Menor

4.2. Alemania: las sentencias de Erfurt

4.3. Problemas compartidos en cuanto al fondo

4.4. Derechos atribuidos y tipo de entidad creada

4.5. ¿En qué ha mejorado la posición de la naturaleza personificada?

5. ¿Podría personificarse la naturaleza en otra comunidad autónoma?

5.1. Primer problema: ¿qué es la naturaleza?

5.2. Segundo problema: conflicto de competencias

6. Conclusiones

7. Bibliografía

-

1. Introducción*

Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem

Todos los estudios que analizan la posibilidad de otorgar derechos a la naturaleza comienzan resaltando los problemas medioambientales que sufre nuestro planeta y destacando que hasta ahora ha habido ciertos avances hacia una mejor regulación, pero sin demasiado éxito. Este es, de hecho, el primer párrafo del preámbulo de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca (en adelante, Ley del Mar Menor o LMM):

«Los motivos por los que se aprueba esta ley son dos: Por un lado, la grave crisis que en materia socio-ambiental, ecológica y humanitaria viven el mar Menor (*sic*) y los habitantes de sus municipios ribereños; por otro lado, la insuficiencia del actual sistema jurídico de protección, a pesar de las importantes figuras e instrumentos de carácter regulador que se han ido sucediendo a lo largo de los últimos veinticinco años».

Este trabajo no pretende ser una excepción al respecto y en ningún caso está planteado con la idea de negar o poner en duda la muy delicada situación de la naturaleza y nuestros recursos por todo el mundo. Sin embargo, en gran parte de esa producción científica, al lector le puede dar la sensación de que, una vez establecido como hecho incontrovertido que estamos ante una crisis global y que hasta el momento el ordenamiento jurídico no ha sido la herramienta definitiva, lo que viene a continuación, es decir la defensa de la subjetivación de la naturaleza, es el único camino para ello. O, incluso, que rechazarlo podría ser considerado como negar que exista un problema medioambiental. Resulta más infrecuente de lo que podría pensarse encontrar explicaciones detalladas que justifiquen por qué la personificación es mejor opción que otra vía jurídica.

La personalidad jurídica es uno de los conceptos clásicos del derecho que podía parecer superado y estudiado en su totalidad. Sin embargo, nunca ha existido realmente suficiente consenso al respecto y su pretendido uso en la última década no ha hecho más que reforzar la certeza de que no hablamos de lo mismo cuando proponemos personificar. No es exactamente una idea novedosa, pero en los últimos años ha surgido con mayor intensidad la posibilidad de imbuir de personalidad jurídica a entes o elementos que tradicionalmente no se han considerado con ese atributo. Se valora hacerlo con los robots con inteligencia artificial y, en lo que aquí nos concierne, con la naturaleza. En el ámbito internacional podemos encontrar varios ejemplos a este respecto y en España es un tema que se debate con mucha más frecuencia desde la entrada en vigor de la Ley del Mar Menor.

En este análisis pretendemos explicar el contexto internacional en el que ha surgido la defensa de los derechos de la naturaleza y analizar sus consecuencias jurídicas, en particular en los casos que han afectado a ordenamientos europeos. Se analiza críticamente la falta de una fundamentación dogmática sólida a la hora de pretender ampliar el uso de la personificación y lo estudiamos a la luz del concepto de personalidad jurídica que defendemos. Por último, nos centramos en las particularidades que tendría legislar nuevamente en España si otra comunidad

* Andrea Padrón Villalba (apadronv@ull.edu.es). Este artículo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación «Sostenibilidad ambiental, social y económica de la justicia. Retos de la Agenda 2030» (Referencia PID2021-126145OB-I00).

Para este artículo me ha sido de enorme utilidad el consejo de colegas de Mercantil y de otras áreas de Derecho de mi Facultad a los que les estoy muy agradecida, si bien todos los posibles errores son míos.

autónoma estuviera interesada en ello y cuáles serían las dificultades que encontraría. La tesis básica de este trabajo es que el concepto de personalidad jurídica tiene un contenido mínimo que no es aconsejable que se vaya modulando para adaptarlo a las necesidades de cada problema concreto y que, asimismo, la personificación de los recursos naturales no es una buena idea ni desde un punto teórico ni práctico.

2. ¿Cómo hemos llegado a plantearnos los derechos de la naturaleza?

La progresiva degradación del medioambiente y el abuso de los recursos naturales resulta un problema global que se trata de combatir y remediar, en la medida de lo posible, desde diferentes ámbitos. En el caso del derecho, las normas han participado tradicionalmente mediante la regulación de las actividades que pueden explotar los medios naturales y en la sanción de aquellas conductas que incumplen dichas reglas, produciendo un daño. Asimismo, la relación del ser humano con la naturaleza se ha configurado en el contexto de los derechos humanos y ha evolucionado, por tanto, positivándose, generalizándose y buscando un enfoque internacional¹. En el caso concreto de España su protección está prevista en el artículo 45 de la Constitución que, según ha interpretado el Tribunal Constitucional, «ofrece un marco constitucional de referencia lo suficientemente abierto como para que el legislador desarrolle las previsiones de protección del medio ambiente desde perspectivas y enfoques muy diversos [...]»².

Dado que se ha constatado que la protección jurídica hasta la fecha no ha sido suficiente, una de las vías de actuación consiste en plantearse si el derecho podría establecerse una fórmula diferente mediante la que asegurar una protección mayor. No se puede afirmar con certeza cuál fue la primera vez que se propuso expresamente que la personificación podía ser una opción, pero es frecuente citar al estadounidense Christopher Stone como uno de los pioneros en proponerlo desde la academia³. Nuestro sistema jurídico occidental parte de la concepción de que el ser humano está en el centro y es el destinatario y beneficiario de las normas, pero determinadas corrientes jurídicas ponen en duda que esto tenga que ser necesariamente así⁴, sobre todo aquellas que están más ligadas a sistemas culturales no occidentales. De hecho, el Tribunal Constitucional considera que la entrada en vigor de la Ley del Mar Menor es la prueba de que nuestro legislador está en proceso de aceptar un cambio de paradigma⁵.

¹ Sobre el medio ambiente como derecho de tercera generación *vid.* CARABANTE MUNTADA, «El derecho al medio ambiente. Historia y fundamentos», en González Navarro (dir.), *Derecho, justicia y sostenibilidad ambiental*, Aranzadi, Madrid, 2024, págs. 21 – 46.

² STC (Pleno)142/2024, de 20 de noviembre (BOE núm. 311, de 26 de diciembre de 2024), Fundamento jurídico tercero.

³ Su famoso artículo «Should trees have standing – toward legal rights for natural objects» se publicó en 1972. Una versión ampliada y actualizada se puede leer en STONE, *Should trees have standing? Law, morality, and the environment*, Oxford University Press, Nueva York, 2010.

El propio autor reconoce que no cree que fuera una idea original de él (*ibidem*, pág. xi) y ciertamente sobre la personificación de entes no humanos se pueden encontrar ejemplos mucho más antiguos. Por supuesto en ordenamientos jurídicos no occidentales, pero también en más cercanos, en particular relacionados con objetos relacionados con la religión (*vid. ibidem*, págs. 1 – 3; ALFARO ÁGUILA-REAL, *La persona jurídica*, Comares, Granada, 2023, págs. 25 – 27; y PADRÓN VILLALBA, *La personalidad jurídica de las sociedades de capital*, Comares, Granada, 2024, págs.100 – 103).

⁴ MONTALVÁN ZAMBRANO, «Antropocentrismo y ecocentrismo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Araucaria*, núm. 46, 2021, pág. 508.

⁵ STC 142/2024, fundamento jurídico cuarto: «[...] nuestra doctrina había venido reconociendo el medio ambiente como “un concepto esencialmente antropocéntrico” (STC 102/1995, de 26 de junio, F14), ahora se modera dicha concepción para abrirla a una visión más ecocéntrica, que asume la conexión innegable entre la calidad de la vida de los ecosistemas y la calidad de la vida humana [...]».

Tradicionalmente la visión antropocentrista se ha vinculado a una idea de utilitarismo, es decir, a la convicción de que la naturaleza debe estar a disposición de las necesidades humanas, incluso aunque suponga la degradación de los biosistemas. Esta concepción se ha denominado antropocentrismo radical⁶ y es el propio del siglo xx. En ese sentido, parece claro que la visión predominante en la actualidad busca acercarse a un pensamiento más moderado en el que deba reconocerse que la naturaleza y los animales pueden tener un valor intrínseco⁷.

Sin embargo, como decíamos, determinadas corrientes jurídico-filosóficas consideran que el derecho tendría que dar avances más claros hacia la protección de la naturaleza y, en concreto, en su consideración de su mayor valor⁸. En esa línea, el biocentrismo propone ubicar en el centro a todos los seres vivos y promueve la «preservación de los seres vivos por el interés que poseen ellos mismos y no por su utilidad para el ser humano»⁹. En las corrientes que se encuadran en este enfoque es muy relevante la individualidad de cada ente y su capacidad para sentir y desarrollarse en el ambiente, aunque eso suponga una interpretación diferente de lo que significa sentir según se utilice uno u otro enfoque. El biocentrismo se analiza con más detalle en aquellos planteamientos que propugnan el otorgamiento de personalidad jurídica a los animales, a los seres sintientes o, en su caso, a la naturaleza, pero solo en lo que respecta a elementos vivos concretos¹⁰. Por lo tanto, esta postura descarta la protección de elementos naturales inanimados¹¹.

Por su parte, el ecocentrismo engloba a todas aquellas tesis que consideran que el ser humano es miembro de un mundo que comparte con el resto de los seres vivos y con el sustrato físico que lo soporta¹². A algunas de estas corrientes es en las que se inscriben las propuestas jurídicas que

Este es uno de los puntos más conflictivos con el voto particular que, por el contrario, señala que «La protección del medio ambiente no es un fin en sí mismo, sino en la medida en que sirve al desarrollo de la vida humana; una vida humana que, como especie, está naturalmente orientada a su supervivencia, a través de las generaciones futuras, en un entorno natural que así se lo permita», *Voto particular que formulan los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho, don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera, don César Tolosa Tribiño y don José María Macías Castaño a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 8583-2022*.

En cualquier caso, no se trata de una opinión aislada y es muy frecuente valorar posiciones jurídicas que se alejen de los principios del ecocentrismo. Así, por ejemplo, esto se observa en *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos contra el medio ambiente* del Grupo de Estudios de Política Criminal que se fundamenta en que la estructura del injusto del delito medioambiental se debe construir desde la perspectiva de la lesividad ecocéntrica y, por consiguiente, «la afectación a la vida o a la salud de las personas solo podrán tomarse en consideración como factores agravantes» (GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pág. 13).

⁶ Denominado también antropocentrismo moral (cfr. MONTALVÁN ZAMBRANO, «Más allá del ser humano: cómo el derecho puede transformar nuestra relación con la tierra», *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 167, 2024, pág. 33).

⁷ MONTALVÁN ZAMBRANO, *Eunomía*, núm. 18, 2020, pág. 183. Montalván Zambrano considera que, si bien está muy estandarizado hablar de antropocentrismo fuerte o moderado, en su opinión el antropocentrismo moral no debiera graduarse en tanto siempre considera que el ser humano está en el centro (vid. MONTALVÁN ZAMBRANO, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 167, 2024, págs. 33 – 34).

⁸ *Ibidem*, pág. 31.

⁹ *Ibidem*, pág. 34.

¹⁰ Es el caso de la corriente, que se inició en Sudamérica con el caso de la orangutana Sandra, que aboga por el uso del concepto *persona no humana*. Aquí se puede consultar su entrada en el *Diccionario panhispánico del español jurídico*: <<https://dpej.rae.es/lema/persona-no-humana>>.

¹¹ MONTALVÁN ZAMBRANO, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 167, 2024, pág. 37.

¹² *Ibidem*, pág. 38: «Aunque en su origen el ecocentrismo se utilizó para describir las éticas ambientales de carácter holista formuladas desde Occidente y en las cuales el discurso científico tiene un papel protagónico, la expansión de este enfoque ha llevado a que se relacione al ecocentrismo con prácticas ancestrales de pueblos indígenas y religiones no judeo-cristianas de todo el mundo. Por lo anterior, no existe una forma de ecocentrismo, sino diversos ecocentrismos».

han optado por otorgarle personalidad jurídica a determinados elementos naturales como a los ríos o las montañas como la mejor manera de lograr una mayor protección¹³.

Podemos encontrar ejemplos a lo largo del mundo en los que se ha decidido optar, más o menos expresamente, por algunas de estas propuestas para legislar¹⁴. Todas estas tesis cuentan con una profundidad y unos anclajes filosófico-políticos que sobrepasan con creces el objetivo de este artículo. En este trabajo no se pretende explicar las diferentes teorías que ha habido hasta el momento ni, mucho menos, decantarnos por cuál debiera ser la posición del legislador. Nuestros objetivos se pueden resumir en los siguientes aspectos:

- Dar cuenta para aquel que se aproxima a este ámbito que la decisión de otorgar o no personalidad jurídica a un elemento de la naturaleza es una decisión del derecho, pero en ningún caso se puede considerar alejada de planteamientos filosófico-morales. No se puede afirmar sin más que, mediante la promulgación de una norma, se ha pretendido un cambio de paradigma, sin poner de relieve que una transformación de esas características debiera venir precedida de una mayor reflexión. El legislador puede valerse de la técnica de la personificación, pero siendo consciente de sus consecuencias y limitaciones.
- Poner de manifiesto que, aunque muy relacionados, el hecho de situarse en una posición ecocéntrica no implica (o no debiera) necesariamente considerar que la mejor decisión jurídica es el otorgamiento de personalidad jurídica¹⁵.
- Analizar los problemas de aplicación del régimen jurídico que corresponda y de conflictos de competencia que pueden ocasionar la creación de nuevas personas, sin el respaldo de un desarrollo legislativo adecuado y coherente con el gran cambio que supone esta decisión en un ordenamiento jurídico occidental.

¹³ En muchas ocasiones como consecuencia de cosmovisiones de pueblos y culturas que ven en esa protección de la naturaleza una manera de resistir a la imposición de los principios jurídicos a la que históricamente han tenido que hacer frente, *vid.* MARTÍNEZ DALMAU, «Una laguna como derecho a existir. La naturaleza como sujeto de derechos y el reconocimiento de la personalidad jurídica del Mar Menor», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 52, 2023, págs. 361 ss.

¹⁴ Solo a título divulgativo y sin ser exhaustivo (ya que, entre otras cosas, solo está actualizado hasta 2022 y no se incluye la referencia a la LMM) se puede consultar la línea del tiempo que ofrece The Community Environmental Legal Defense Fund (CELDF) una organización estadounidense que tiene entre sus objetivos la promoción de los derechos de la naturaleza: «Rights of Nature: timeline», <<https://celdf.org/rights-of-nature/timeline/#:~:text=2006%3A,enacted%20Rights%20of%20Nature%20laws.>>.

Señalan que, en 2006, Pennsylvania fue el primer lugar en el que se obtuvo el reconocimiento expreso de los derechos de la naturaleza (se puede leer con mayor profundidad el caso en MOUTRIE, «The Rights of Nature Movement in the United States: Community Organizing, Local Legislation, Court Challenges, Possible Lessons and Pathways», *Environmental and Earth Law Journal*, núm. 10 (1), págs. 6 – 9). Sin embargo, con carácter general se suele destacar a Ecuador en 2008 como el primer país que realmente trajo a la luz pública el debate internacional moderno sobre este tema.

Por otro lado, la sección de Naciones Unidas *Harmony with Nature* ofrece un recopilatorio de las disposiciones jurídicas a lo largo del mundo relacionadas con los derechos de la naturaleza (<<http://www.harmonywithnatureun.org/rightsOfNature/>>). Aunque lo separa, hay que tener en cuenta que recopila tanto normas, como decisiones judiciales como otro tipo de documentos oficiales, pero sin demasiado valor jurídico. Así, por ejemplo, en el caso de España se incluye la referencia a la LMM, pero también a la Declaración institucional del Concello de Outes sobre los derechos del río Tins que no tiene ninguna consecuencia jurídica (<<https://www.outes.gal/gl/anuncio/688-el-pleno-de-outes-aprueba-por-unanimidad-la-declaracion-de-derechos-del-rio-tins>>).

¹⁵ De hecho, hay autores que defienden el reconocimiento de los derechos de la naturaleza que opinan que no se trata necesariamente de escoger entre antropocentrismo o ecocentrismo (*vid.* BÜSCHER, «Soll es Rechte der Natur geben?», *Natur und Recht*, núm. 46, 2024, pág. 170).

3. ¿Qué implica personificar?

3.1 Contexto general

Algunos autores han relacionado el funcionamiento del derecho con el de la magia: la capacidad de, mediante un ritual y una fórmula concreta, generar una realidad distinta a la natural¹⁶. La realidad física es la base con la que ambos trabajan, pero tienen la capacidad de superarla y crear una verdad alternativa¹⁷; aunque no de cualquier forma, sino siguiendo unas reglas¹⁸.

Esta manera de enfrentarse a la comprensión del derecho, con más o menos decoración alrededor de esta metáfora, no es una novedad. Es un planteamiento que encontramos, en cierta medida, en la explicación de Savigny de que la personificación de las sociedades no era más que una ficción¹⁹. En el ordenamiento jurídico español actual no puede decirse que se sigan las ideas savinianas, pero tradicionalmente ha triunfado más esa forma de interpretar la problemática que la visión de Gierke, por ejemplo. Ciertamente no con todos sus matices, pero se aprecia en nuestras expresiones y en la forma en la que se transmite el concepto de sociedad. En definitiva, no nos es extraño concebir a las personas jurídicas como una creación de la norma sin más.

Desde hace varias décadas, en la búsqueda de alejarnos lo máximo posible de cualquier misticismo, podemos afirmar que nuestro ordenamiento jurídico (y sus operadores) se engloban mayoritariamente en la corriente de pensamiento que se conoce como entelequia jurídica²⁰. En ella se engloban muy variopintas concepciones de la personalidad jurídica que tienen en común centrarse en el hecho de que la personificación es una creación jurídica que no tiene más relevancia que facilitar la organización de la realidad²¹. Se trata de una visión más pragmática y cercana a la legislación, en la que se evita, en la medida de lo posible, que el concepto jurídico se vea afectado por la moral o la filosofía.

¹⁶ «Is magic not, similar to law, a way to control, to shape, to mold the world at our will, to create an order, in accordance with certain rules that we created?», ALVAREZ-NAKAGAWA, «Law as a Magic Some Thoughts on Ghosts, Non-Humans, and Shamans», *German Law Journal*, vol. 18, núm.5, 2017, pág. 1252.

¹⁷ «To think in law means to reason in a special kind of way, and, as I seek to show, the application of legal rules could and did create a universe unto itself», DAYAN, *The law is a white dog: how legal rituals make and unmake persons*, Princeton University Press, New Jersey, 2011, pág. 12.

¹⁸ «To be more precise, I do not mean that law is a such magic, but I think that law can be thought as if it were a magical practice», ALVAREZ-NAKAGAWA, *German Law Journal*, vol. 18, núm. 5, 2017, pág. 1250.

¹⁹ Para Savigny, la regla esencial de la que parte su teoría es que solo existe el hombre como sujeto de derechos, pues solo este es capaz de ejercer su voluntad, el requisito para ser titular de derechos subjetivos en su opinión. Sin embargo, obligados por determinadas situaciones prácticas es posible ampliar la capacidad jurídica con la que cuentan las personas físicas hacia otros entes para permitir determinadas relaciones patrimoniales. Ciertamente, considerar a las personas jurídicas como sujetos de derecho contradice esa idea principal de que únicamente los seres humanos son titulares de los derechos subjetivos; por ello, para que estas dos afirmaciones puedan convivir, esta teoría afirma que las personas jurídicas son entes ficticios, una ilusión con consecuencias prácticas creada por la ley. Cfr. SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, Monereo Pérez, J. L. (dir), Comares, Granada, 2005, págs. 287 ss. Un resumen al respecto y sobre sus antecedentes se puede leer en PADRÓN VILLALBA, *La personalidad jurídica de las sociedades de capital*, págs. 40 – 48.

²⁰ Vid. *Ibidem*, págs. 53 – 59

Gutmann usa la expresión *sujeto de derecho desmitificado* (*Das entzauberte Rechtssubjekt*) cuando habla de estas teorías. Vid. GUTMANN, *Hybride Rechtssubjektivität. Die Rechte der „Natur oder Pacha Mama“ in der ecuadorianischen Verfassung von 2008*, Nomos, Bremen, 2021, pág. 163.

²¹ «La personnalité juridique, c'est-à dire, la capacité d'être traité dans le commerce juridique comme unité, est le seul trait commun de différentes catégories de corps sociaux embrassés généralement par le terme de personnes juridiques», ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Société d'Histoire du Droit, Paris, 1942, pág. 369.

Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha definido la personificación como «la creación de un centro de imputación de relaciones jurídicas útil en el tráfico jurídico»²². En esa línea de pensamiento, se puede personificar más o menos todo lo que se considere oportuno, con el objetivo de organizar las relaciones jurídicas en el tráfico. Siguiendo ese razonamiento, muy recientemente, el abogado del Estado personado en el procedimiento para debatir la inconstitucionalidad de la Ley del Mar Menor definió la personificación como «[...] una ficción de derecho que la ley otorga en determinados casos, en función de los fines de interés general que se tratan de alcanzar, y es una materia que cae conceptualmente dentro del margen de discrecionalidad del legislador»²³. Por lo tanto se observa que la capacidad de crear personas para el derecho se concibe como un acto desligado a la realidad fáctica y que se produce mediante la *mera* expresión de la fórmula correspondiente.

Esta concepción es la que explica dos sucesos frecuentes relacionados con las últimas configuraciones sobre la personalidad jurídica: su supuesta graduabilidad y la desligadura entre personalidad jurídica y ser titular de derechos.

Con respecto a lo primero, desde hace varios años en el ámbito del derecho privado y del público se trabaja con la idea de que la personalidad jurídica es un concepto graduable, por lo que se pueden identificar entes con una mayor o más perfecta personalidad que otros²⁴. Una de las aportaciones más directas a esta tesis proviene del derecho mercantil y cómo se concibe la personalidad jurídica de la sociedad en formación (y la irregular) y, sobre todo, de la sociedad en proceso de extinción.

Si bien no siempre lo ha expresado de manera clara y precisa, el Tribunal Supremo considera que las sociedades de capital inscritas son aquellas que cuentan con una personalidad jurídica completa. En varias ocasiones ha identificado la regularidad y la responsabilidad limitada de sus socios con una personificación más perfecta²⁵. Se mantiene vigente la tesis de que la personalidad surge en el momento del perfeccionamiento del contrato de sociedad, pero se defiende, matizado según los casos, que esa que ha surgido es más débil que la que se conseguirá más adelante con la inscripción registral.

En el momento temporal opuesto sucede igual y el alto tribunal ha afirmado que la sociedad *pierde* parte de su personalidad jurídica en el momento de la cancelación de la inscripción

²² STS 740/2010, Civil, de 24 de noviembre (ECLI: ES:TS:2010:7754), FJ 2.

²³ Extracto del escrito de alegaciones de 15 de marzo de 2023 que se reproduce en el fundamento jurídico primero de la ya citada STC 142/2024.

En la misma línea: «[...] die Rechtsordnung relativ frei in der Entscheidung ist, wen oder was sie durch die Ausgestaltung von Rechten und Pflichten als Rechtssubjekt ausdifferenziert, um rechtliche Kommunikation zu strukturieren», KERSTEN, «Relative Rechtssubjektivität. Über autonome Automaten und emergente Schwärme», *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2017, núm. 37 (1), pág. 11.

²⁴ *Ibidem*, pág. 11. Señala que las personas físicas son las que poseen una capacidad jurídica completa (*vollrechtsfähigen*).

²⁵ Un ejemplo reciente lo encontramos en las sentencias de 17 y 20 de junio de 2024. Estas sentencias son de la sala de lo Contencioso-Administrativo, pero son relevantes en tanto afirman expresamente que la inscripción supondrá que la sociedad adquiera una personalidad jurídica más completa. Un comentario al respecto se puede leer en PADRÓN VILLALBA, «Complicar lo sencillo: el Tribunal Supremo y la personalidad jurídica», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 72, 2024.

En la STS 469/2020, Civil (Pleno), de 16 de septiembre (ECLI: ES:TS:2020:2933), también afirma que existen entes que cuentan con *cierta personalidad jurídica*, que contrapone a la situación en la que se encuentran las sociedades de capital inscritas. Se puede leer un comentario más amplio al respecto en PADRÓN VILLALBA, *La personalidad jurídica de las sociedades de capital*, págs. 135 – 137.

registral y que mantiene una más *sencilla* hasta que se produce la extinción definitiva con la liquidación material de todas las relaciones jurídicas pendientes²⁶.

Por lo tanto, en los últimos años se ha consolidado la concepción de que, no solo la personalidad jurídica se puede otorgar según sea conveniente para los intereses generales, sino que no es una situación de blanco o negro, puesto que permite situaciones intermedias.

En esa misma línea de razonamiento, se ha considerado que tener personalidad jurídica y ser titular de derechos no son necesariamente sinónimos. Así se afirma que existen entes no personificados que podrían contar con capacidad para ejercer determinados derechos. En el derecho mercantil este planteamiento no es muy habitual, aunque se asemeja mucho a lo señalado en la STS 469/2020, de 16 de septiembre. En este caso el Tribunal Supremo quería admitir que una *comunidad de bienes* era titular de derechos, pero no quería contradecir la regla teórica que indica que este tipo de entes no están personificados. Finalmente se decantó por la concepción de que contaban con *cierta* personalidad jurídica, pero, viendo su razonamiento, podría decirse que estaba estableciendo la posibilidad de contar con derechos sin tener personalidad.

Este planteamiento está muy trabajado en el derecho público en lo referente a entes como los organismos autónomos o los fondos públicos. Desde el derecho administrativo se han propuesto diferentes tesis que tienen en común una gradación de la personalidad jurídica, llegando a identificar a entes no personificados con capacidad de actuación en el tráfico. La cita que a continuación se reproduce hace mención a la denominada teoría de las escalas de la personalidad de Ariño Ortiz²⁷:

«De acuerdo con su explicación, la personalidad jurídica no es una cuestión absoluta. Bajo su punto de vista, ni la atribución de personalidad jurídica conlleva el reconocimiento de todas las capacidades que derivan de la misma, **ni su ausencia implica la inexistencia de capacidades**. Como ejemplo de ello citó a los organismos autónomos que, pese a ser entidades personificadas poseían características propias de órganos sin personalidad como, por ejemplo, la comunicabilidad financiera. Asimismo, también se refirió a los servicios administrativos sin personalidad que, a veces, tenían más capacidades que algunos organismos públicos pese a que carecían de personalidad»²⁸.

En esa misma línea de pensamiento esta es una definición propuesta para el concepto de fondos públicos:

²⁶ A partir de 2017, el Tribunal Supremo, fundamentándose en resoluciones de la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado, ha establecido la tesis de la personalidad jurídica latente. La sentencia más relevante es la STS 324/2017, Civil (Pleno), 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1991). Teniendo en cuenta la importancia de esta sentencia, sobre ella pueden verse los comentarios de EMBID IRUJO, «La personalidad latente de la sociedad extinguida. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo civil, pleno) 1991/2017, de 24 de mayo», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 104, 2017; LARA GONZÁLEZ, «La personalidad jurídica de las sociedades de capital tras la cancelación registral: su legitimación pasiva», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2018, págs. 117-128; o también, aunque con un tema mucho más extenso que el somero comentario a la sentencia, MARTÍNEZ FLÓREZ/RECALDE CASTELLS, «La doctrina del Tribunal Supremo en relación con la cancelación registral de la sociedad de capital con pasivos insatisfechos», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 50, 2017, págs. 273-293, en especial sobre los datos concretos del caso en la nota al pie 10.

²⁷ ARIÑO ORTIZ, *Sobre la personalidad jurídica en el derecho público*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1971.

²⁸ El resaltado es nuestro. HERNÁNDEZ LÓPEZ, *Los fondos públicos. Estudio de su régimen jurídico-administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 75-76.

«instrumento administrativo **con o sin personalidad jurídica**, creados por ley o por la Administración, cuyo objeto es afectar, acumular, gestionar y canalizar recursos presupuestarios o procedentes de aportaciones obligatorias de sujetos públicos o privados, a fines públicos»²⁹.

Se observa por tanto que, no solo se considera que no todos los entes personificados tienen por qué tener las mismas capacidades, sino que es posible que se cuente con la posibilidad de actuar en el tráfico jurídico (aunque sea limitadamente) sin tener personalidad jurídica. Ser sujeto de derecho sin ser persona (jurídica)³⁰.

En el caso del Mar Menor la ley optó por comenzar el artículo 1 señalando «Se declara la personalidad jurídica de la laguna del Mar Menor y de su cuenca, que se reconoce como sujeto de derechos»³¹, es decir, tiene personalidad jurídica y es un sujeto de derecho. Sin embargo, por ejemplo, en el caso del río Atrato en Colombia la sentencia T-622 de la Corte Constitucional por la que se reconoció que contaba con derechos propios procuró hablar en todo momento de atribuirle la condición de sujeto de derecho, sin entrar en su definición o no como persona jurídica³². Algunas de las propuestas que defienden esta posibilidad argumentan que los derechos se otorgarían a un tipo de *bienes* específicos denominados bienes comunales o bienes medioambientales³³, creando así una tercera categoría entre las personas y las cosas, de manera similar a lo que se ha propuesto con los animales y su categorización como seres sintientes³⁴.

²⁹ El resaltado es nuestro. *Ibidem*, pág. 31.

³⁰ ZABALZA, «Les droits de la nature à la boussole des communs. Premiers jalons pour une théorie du sujet de droit sans personnalité juridique », *Revue juridique de l'environnement*, 2024, pág. 374 ; o KURKI, «Animals, Slaves, and Corporations: Analyzing Legal Thinghood», *German Law Journal*, núm. 5 (18), 2017, pág. 1083.

³¹ El voto particular a la STC 142/2024 señala expresamente: «La diferencia entre atribuir derechos a la naturaleza y reconocer personalidad jurídica a un espacio natural no responde a una diferenciación conceptual relevante y, en todo caso, no tiene una exacta correspondencia con el modelo propuesto en la norma ahora impugnada», apartado 1 c).

³² Sobre el recorrido jurídico y los argumentos utilizados se puede leer MARTÍNEZ DALMAU, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 52, 2023, págs. 366 ss. o AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, «Sobre derechos de la naturaleza y otras prosopeyas jurídicas, a propósito de una persona llamada “Mar Menor”», *Actualidad jurídica ambiental*, núm. 138, 2023, págs. 44 ss.

³³ «[...] quand il y a création d'une personnalité juridique consécutive à la reconnaissance des droits de la nature, celle-ci reposerait en réalité sur la personnification d'un commun naturel, et non sur la transformation *stricto sensu* d'un élément nature en personne juridique. [...] elles pourraient correspondre à cette nouvelle catégorie juridique de biens spécifiques, 'sujets de droits', que l'on nomme depuis peu les 'bien environnementaux' ou les 'bien communs environnementaux'», ZABALZA, *Revue juridique de l'environnement*, 2024, pág. 367.

Con grandes diferencias, pero bastantes similitudes, en el ordenamiento jurídico francés ya existen precedentes del concepto de bienes comunales con características similares a la personificación. Las sociedades de molinos (*les parages de moulins*) usuales en el sur del país durante la Edad Media eran entidades a medio camino entre la copropiedad y el prototipo de una sociedad de capital. Podían funcionar como una unidad en el tráfico jurídico y sus administradores afirmaban trabajar en interés del *honor del molino* (*vid.* al respecto SICARD, *Les moulins de Toulouse au Moyen Âge : aux origines des sociétés anonymes*, Armand Colin, París, 1953, *passim*. Aunque especialmente págs. 334 ss.).

Sobre el concepto de bienes comunes y, en particular, su desarrollo jurídico *vid.* LLOREDO ALIX, «Bienes comunes», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 19, 2020, págs. 232 ss.; o LLOREDO ALIX, «Derechos de la naturaleza y bienes comunes naturales: análisis de algunas tensiones conceptuales a la luz del caso chileno», *Revista de estudios políticos*, núm. 204, 2024, págs. 241 – 275.

³⁴ En el ordenamiento jurídico español no está del todo claro qué implica ser un ser sintiente, pero no parece que se pueda afirmar que se ha credo una tercera categoría ontológica, como sí lo hizo el Código Civil belga que en su artículo 3.38 señala expresamente que los animales son una tipología diferente. Esta es la misma corriente que promulga el concepto de persona no humana. El *Diccionario panhispánico del español jurídico* lo define como: «cada una de las especies de animales que, por su elevada capacidad cognitiva, la doctrina y la jurisprudencia reconoce como titulares de derechos», <<https://dpej.rae.es/lema/persona-no-humana>>. *Vid.* Sobre la naturaleza jurídica de los animales BERNET KEMPERS, «Neither persons nor things: the changing status of animals in private law», *Revue européenne de droit privé*, núm. 29, 2021, págs. 39 – 70.

Esta fórmula también se ha usado para otros casos recientes en los que se debate sobre la personalidad jurídica como es la posibilidad de otorgársela a los robots. Se ha propuesto poder hacerles responsables en determinadas circunstancias, es decir, titulares de obligaciones, pero sin que eso supusiera considerarles como entes con personalidad jurídica o, al menos, sin que se les pueda identificar como personas para el derecho³⁵. Por lo tanto, se propone que los conceptos sujeto de derechos o titular de derechos no sean sinónimos de persona para el derecho³⁶. En cualquier caso, siempre que se debate sobre la hipotética *personalidad electrónica* lo que siempre surge es la graduabilidad de la personalidad jurídica que antes comentábamos³⁷.

Así pues, al preguntarnos qué implicaría personificar la naturaleza tenemos que partir de la idea de que, tal cual está el estado de la cuestión, no podemos asegurar si se interpretaría igual que lo que se ha hecho hasta ahora con otros sujetos del derecho; si se trataría de una personificación *menor o más sencilla*; o si se pretende otorgarle una serie de derechos, sin por ello personificarla.

3.2 ¿Qué entendemos nosotros por personalidad jurídica?

Tal y como comentábamos, la tesis predominante en nuestro país (y podemos decir que en nuestro entorno jurídico) es la de la enteología jurídica, es decir, considerar que la personalidad jurídica es una creación del derecho y que, por tanto, el legislador puede decidir a qué entes se les atribuye, disponiendo para ello de un amplio margen de discrecionalidad. La personalidad jurídica se concibe como un medio para un fin. Sin embargo, esta postura supone desligar las raíces históricas del concepto, cuando, en realidad, la carga moral que encierra este justifica, por el contrario, un acercamiento más conservador para que no desvirtúe el término ni genere confusión en su aplicación. Asimismo afirmamos que se pretende ampliar su uso para lograr unos objetivos que no se cumplen por el mero hecho de determinar que un ente está personificado.

Evidentemente el derecho debe evolucionar y mantenerse como una herramienta útil para solucionar los problemas prácticos que vayan surgiendo y también es claro de que los conceptos jurídicos pueden variar según las ramas del derecho, pero consideramos que el término personalidad jurídica tiene un contenido mínimo que no debe ser ignorado por los operadores jurídicos ni sustituido por el legislador, pues hacerlo puede provocar confusión en su aplicación³⁸. El concepto de *persona*, con una evolución compleja, acabó estrechamente aparejado al de dignidad y, aunque el de persona jurídica tuvo su propio desarrollo, esa unión no se puede desconocer³⁹. Así, nos alejamos de las corrientes casi más cercanas a las tesis negacionistas, que

³⁵ Entre otros, BARRIO ANDRES, «Hacia una personalidad electrónica para los robots», *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 2018, pág. 105; ORTEGO RUIZ, *La personalidad jurídica de los robots*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 119; DESMOULIN-CANSELIER, «Une personnalité technique et des droits naturels ou comment les animaux et les intelligences artificielles révèlent les tensions inhérentes aux conceptions du sujet de droits et de la personne juridique», en Aïdan/Bourcier (dirs.), *Humain Non-Humain, Repenser l'intériorité du sujet de droit*, LGDJ, París, 2021, págs. 171 – 176.

³⁶ Gutmann analiza esta posibilidad y señala que el razonamiento al respecto de Ferrajoli se puede constatar como trasfondo de la constitución ecuatoriana. Sin embargo, también señala que esa distinción no es propia del derecho alemán. Vid. GUTMANN, *Hybride Rechtssubjektivität*, págs. 147 – 148.

³⁷ «Rechtssubjektivität und Rechtsfähigkeiten können dabei in ihren funktionalen Ausprägungen durchaus variieren und – wie auch sonst im Recht – in unterschiedlichen »Zwischenstufen« (Ehrlich) verliehen werden, die von einzelnen partiellen Rechtsfähigkeiten (etwa Vermögensfähigkeit) bis hin zum vollen Status als Rechtsperson reichen», GRUBER, «Warum Nicht-Menschenrechte?», *Zeitschrift für Medien- und Kulturforschung*, 2016, núm. 2, pág. 67.

³⁸ PAILLUSSEAU, «Mais qu'est-ce que la personnalité morale ?», *JCP - La Semaine Juridique*, núm. 19 (1224), pág. 22.

³⁹ Vid. al respecto de la evolución del término *persona* y de *persona jurídica* se puede leer PADRÓN VILLALBA, *La personalidad jurídica de las sociedades de capital*, págs. 7 – 64.

afirman que es un concepto que se puede utilizar para englobar casi cualquier tipo de situación, siempre que sea lo más conveniente y que esté debidamente dispuesto en la norma⁴⁰.

En ese sentido, definimos la personalidad jurídica como la propiedad que identifica e individualiza a un sujeto de derechos y que le proporciona la capacidad de mantener relaciones externas con relevancia en el tráfico jurídico que podrán afectar a su patrimonio⁴¹. Así, consecuentemente, la personalidad jurídica es la misma en todos los entes personificados y, por tanto, no se puede graduar. Lo que varía es el motivo por el que se adquiere y el régimen jurídico aplicable en cada caso que marcará las reglas que deba seguir el ente a la hora de relacionarse en el tráfico.

Igualmente, consideramos que la personificación implica una serie de atributos que son indisociables al concepto. En nuestra opinión, todas las personas jurídicas cuentan con estos, pero eso no significa que existan otras realidades en nuestro ordenamiento que cuenten con alguno de ellos. Estos atributos son los siguientes:

En primer lugar, la posibilidad de identificar a la persona en el tráfico jurídico⁴². Para ello se requiere una denominación, una nacionalidad y un domicilio. Ciertamente estos elementos tienen una relevancia filosófico-moral diferente según el tipo de ente que estemos analizando⁴³, pero todos los necesitan.

En segundo lugar, otro de los elementos básicos que implica la personificación es una organización que permita actuar frente a terceros⁴⁴. Esta característica es la que permite actuar unitariamente en el tráfico y la que posibilita las relaciones externas. Hay que tener en cuenta, eso sí, que mediante el mecanismo de la representación el ordenamiento jurídico ya permite que un grupo de individuos actué unificadamente, sin necesidad de que eso suponga la creación de una persona jurídica⁴⁵.

⁴⁰ Un argumento común cuando se pretende ser escéptico con la definición puramente técnica de la personalidad jurídica es que la teoría puede dificultar la resolución de determinadas cuestiones prácticas. Sin embargo, nosotros defendemos que, sin obviar esos problemas para los que se debe ofrecer solución, no se puede pervertir un concepto para encajarlo a cualquier precio; mucho menos cuando el concepto en cuestión es uno de los pilares fundamentales del sistema jurídico.

En esa línea y en contra de una visión puramente técnica de los que denomina «legalist theoretics» se puede leer KURKI, *A theory of Legal Personhood*, Oxford Press, Oxford, 2019, págs. 25 ss.

⁴¹ La fundamentación bibliográfica de esta definición se encuentra en PADRÓN VILLALBA, *La personalidad jurídica de las sociedades de capital*, págs. 166 ss. Una definición similar se puede leer en PAILLUSSEAU, *JCP - La Semaine Juridique*, núm. 19 (1224), pág. 19: «C'est une technique juridique qui consiste à considérer, sous certaines conditions et dans certaines limites, une entité - dont il convient de définir la nature - comme une personne juridique, un sujet de droit, lui permettant ainsi de " vivre la vie juridique ", c'est-à-dire d'avoir une identité, une nationalité, d'être titulaire de droits, d'exercer des activités, d'être assujettie à des obligations et d'avoir un patrimoine».

⁴² Uwe John hace referencia al concepto de *Identitätsausstattung* como el conjunto de elementos que permiten la identificación de una persona jurídica (cfr. JOHN, «Einheit und Spaltung in Begriff der Rechtsperson», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm.2 (11), 1982, pág. 968).

⁴³ Evidentemente no tiene la misma implicación el nombre al que tiene derecho cualquier ser humano que la denominación social de una sociedad mercantil, pero todas las personas jurídicas necesitan una palabra o palabras que pueda individualizarlo del resto. Lo mismo sucede en el caso de la nacionalidad, que, por un lado, se trata de un derecho humano y en el caso de las sociedades se ha llegado a negar que debiera usarse ese concepto y optar por el concepto de *lex societatis*. En cualquier caso, todo ente personificado debe vincularse con un ordenamiento jurídico que será el que marque la amplitud de sus derechos y obligaciones y la manera en que deben ejercerse.

⁴⁴ Alfaro utiliza frecuentemente el concepto de *agencia* para esta capacidad (casi como un sinónimo de capacidad de obrar). Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, *La persona jurídica, passim*; aunque se puede consultar en concreto en las páginas 12 – 13.

⁴⁵ Muy contrario a mezclar los dos conceptos: ALFARO ÁGUILA-REAL, *La persona jurídica*, págs. 93 – 107.

Muy relacionada con esta característica está la capacidad para ser parte en un proceso judicial, es decir, la «aptitud subjetiva que han de reunir los sujetos o entidades para ser demandantes o demandados en un proceso»⁴⁶. Contar con personalidad jurídica requiere necesariamente esta posibilidad, pero no es una relación bilateral y, por tanto, encontramos realidades jurídicas a las que el derecho procesal le ha concedido la posibilidad de ser parte en un procedimiento civil sin necesidad de personificarlos previamente. Si el único objetivo que se pretende alcanzar personificando a una realidad es permitir que pueda ser considerada parte en un proceso civil, no se necesita considerarlo previamente persona jurídica⁴⁷.

En tercer lugar, una persona jurídica necesita un patrimonio independiente en el que puedan recaer sus derechos y obligaciones patrimoniales⁴⁸. Toda persona cuenta con un patrimonio, entendiendo este en un sentido amplio: no solo un conjunto de bienes, sino también derechos, obligaciones, créditos y deudas. No se necesita que tenga efectivamente algún bien, pero resulta necesario que se le pueda imputar derechos y obligaciones patrimoniales.

En esa misma línea, aunque no considerado como un atributo diferente, defendemos que se debe considerar sujeto de derecho para lo positivo y lo negativo. En aquellas tesis en las que se defiende la personificación de realidades como los animales, la naturaleza o los robots se suele proponer la idea de que solo sean sujetos a efectos de derechos o, en su caso, de obligaciones. En nuestra opinión, esta propuesta es incompatible con lo que implica la personificación. Evidentemente, dependerá del régimen jurídico aplicable a cada caso qué tipo de derechos y de obligaciones se le concede al ente, pero no creemos que sea posible que con carácter genérico se le pueda negar a un sujeto la posibilidad de cualquier tipo de derecho u obligación⁴⁹.

4. Los derechos de la naturaleza en ordenamientos europeos

4.1 España: Mar Menor

Mediante la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca, España se convertía en el primer país europeo en optar por la personificación como el método para asegurar una hipotética mejor protección de sus elementos naturales⁵⁰. Hasta ese momento, además de las propuestas doctrinales, solo

⁴⁶ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ/GONZÁLEZ NAVARRO, «Artículo 6. Capacidad para ser parte», en Gimeno Sendra (dir.), *Proceso civil práctico*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, tomo I, 2018, apartado I, versión electrónica.

⁴⁷ Este es uno de nuestros principales argumentos en este caso, pero también en lo que respecta a los problemas que se generan tras la cancelación registral de las sociedades de capital, en relación con la tesis de la personalidad jurídica latente del Tribunal Supremo (*vid.* la nota al pie 26 de este trabajo). No se trata únicamente de una cuestión de nuestro ordenamiento, por ejemplo, en el famoso artículo de Christopher Stone lo que se preguntaba era si los árboles podían ejercitar sus derechos ante un tribunal (*Should trees have standing?*).

⁴⁸ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «La sociedad civil (comentario de los art. 1665-1708)» en Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo y Ponce de León, Bercovitz Rodríguez-Cano y Salvador Coderch (dirs.), *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, tomo II, pág. 1305. También ALFARO ÁGUILA-REAL, *La persona jurídica*, pág. 13.

⁴⁹ A favor, AYLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, *Actualidad jurídica ambiental*, núm. 138, 2023, págs. 78 ss.

⁵⁰ Al menos si contamos lo que sucede en el territorio europeo y en ordenamientos jurídicos de corte europeo tradicional. En 2016 la Provincia de las Islas de la Lealtad en Nueva Caledonia aprobó una normativa en la que se preveía esta posibilidad (*Code de l'environnement de la Province des Îles de Loyauté*: «*article 110-3 Le principe unitaire de vie qui signifie que l'homme appartient à l'environnement naturel qui l'entoure et conçoit son identité dans les éléments de cet environnement naturel constitue le principe fondateur de la société kanak. Afin de tenir compte de cette conception de la vie et de l'organisation sociale kanak, certains éléments de la Nature pourront se voir reconnaître une personnalité juridique dotée de droits qui leur sont propres, sous réserve des dispositions législatives et réglementaires en vigueur*»).

Sin embargo este caso europeo es muy particular, no solo por la ubicación geográfica, sino por la complicada situación jurídico-política de esta región de ultramar (de semiindependencia) que, además, como

contábamos con ejemplos de personificaciones en ordenamientos jurídicos de otros continentes y, en concreto, en países con una base cultural, filosófica e, incluso, religiosa mucho más apegada a la naturaleza y a su importancia. Son muy conocidos los casos del río Whanganui en Nueva Zelanda (que la tribu maorí Whanganui Iwi considera que es un ente vivo llamado Te Awa Tupua), el reconocimiento constitucional de derechos a la naturaleza por parte de Ecuador o la Ley de Derechos de la Madre Tierra en Bolivia. Como uno de los ejemplos más recientes contamos con el reconocimiento al monte neozelandés Taranaki en 2025⁵¹. El hecho de que desde los ordenamientos europeos se plantee la copia de un modelo jurídico de estos países se ha definido como un trasplante jurídico inverso⁵², al ser más infrecuente el contagio de normas que parten del sur global.

La norma española no solo es característica por ser la primera en Europa, sino por ser fruto de una iniciativa legislativa popular⁵³, lo que explica en gran parte la incidencia periodística y el procedimiento legislativo particular que tuvo⁵⁴. Su objetivo principal, según aclara el preámbulo, es «otorgar personalidad jurídica al ecosistema lagunar del Mar Menor para poder dotarlo, como sujeto de derecho, de una carta de derechos propios, con base en su valor ecológico intrínseco y la solidaridad intergeneracional, garantizando así su protección para las generaciones futuras». Para ello cuenta con únicamente 7 artículos que se pueden dividir en tres bloques: la declaración de la laguna como ente personificado (art. 1); el catálogo de nuevos derechos que se le otorga por

señala precisamente el artículo que hemos reproducido, cuenta con un grupo étnico autóctono (los kanak o canacos) con una cultura de base con un fuerte arraigo en la naturaleza. Por lo tanto, podemos afirmar que antes del caso del Mar Menor para el conjunto de los ordenamientos jurídicos europeos, la personificación de la naturaleza continuaba siendo únicamente un recurso literario. En Francia la idea de la protección por esta vía es un tema sobre el que se debate con cierta frecuencia e incluso podemos encontrar declaraciones institucionales al respecto, aunque sin valor jurídico (así, por ejemplo, el caso de Córcega y la *Déclaration des droits du fleuve Tavignanu du 29 juillet 2021*).

⁵¹ KAUR, «New Zealand grants sacred mountain personhood in landmark law», *Jurist News*, 3 de febrero de 2025, <<https://www.jurist.org/news/2025/02/new-zealand-grants-sacred-mountain-personhood-in-landmark-law/>>.

Se trata nuevamente de un ente de la naturaleza con gran relevancia para el pueblo maorí.

⁵² Así se define en la sentencia del tribunal regional de Erfurt del 17 de octubre de 2024 - 8 O 836/22, apartado 69. Vid. también GUTMANN, «Fruchtbare Irritationen», *Verfassungsblog*, 28 de octubre de 2024, <<https://verfassungsblog.de/rechte-der-natur-erfurt-2/>>.

No obstante, a pesar de que es cierto que en los últimos años el impulso a favor de los derechos de la naturaleza ha venido de los países del sur global hay que hacer dos consideraciones. La primera es que uno de los primeros en proponerlo, como hemos destacado, fue Christopher Stone desde el derecho estadounidense. La segunda es que, si bien la defensa y puesta en valor de la naturaleza es una convicción mucho más fuerte en determinados países de la parte sur, sobre todo aquellos que tienen un trasfondo cultural más apegado a la naturaleza, el uso concreto de la herramienta de la personificación es netamente propia de los ordenamientos jurídicos europeos (y casi que podríamos decir que más específicamente de los continentales).

Esto ya se ha analizado en otras épocas históricas, en particular con la personificación de los ídolos hindús. En esta religión uno de los elementos más característicos es la adoración de representaciones en tres dimensiones de los dioses del panteón hinduista, siendo el elemento físico mucho más que un simple adorno o recordatorio. Esta situación fue así durante mucho tiempo, pero cuando el derecho anglosajón comenzó a regularlo para gestionar las situaciones que creaban conflicto estos optaron por llevarlo al terreno de la personificación (vid. DUFF, «The Personality of an Idol», *The Cambridge Law Journal*, núm. 3, 1927, págs. 42 – 48).

La mezcla de elementos de dos concepciones tan diferentes es, quizás precisamente, lo que ocasione tantas distorsiones.

⁵³ Se puede consultar más información al respecto en <<https://ilpmarmenor.org/>>. La principal impulsora de la iniciativa, Teresa Vicente Giménez ha declarado en varias ocasiones que las razones para esta ley se debían a la «ineficacia de las normas jurídicas vigentes», cfr. VICENTE GIMÉNEZ/SALAZAR ORTUÑO, «La iniciativa legislativa popular para el reconocimiento de personalidad jurídica y derechos propios al Mar Menor y su cuenca», *Revista catalana de dret ambiental*, núm. 1 (13), 2022, pág. 4.

⁵⁴ LOZANO CUTANDA., «La declaración del Mar Menor y su cuenca como persona jurídica: un “embrollo jurídico”», *GA_P*, 18 de octubre de 2022, <<https://ga-p.com/publicaciones/la-declaracion-del-mar-menor-y-su-cuenca-como-persona-juridica-un-embrollo-juridico/>>.

ello (art. 2); y la organización de quiénes serán sus representantes y de qué manera se podrán ejercitar la defensa de esos derechos (arts. 3 – 7).

Esta ley ha recibido distintos tipos de críticas. Por un lado, algunas centradas en el fondo de la cuestión en las que se plantean, tal y como hacemos nosotros, si el concepto de personalidad jurídica es ampliable para asumir a entes tras los que no exista ningún ser humano. Sobre este tema se pronunció el Tribunal Constitucional en su sentencia 142/2024 de 20 de noviembre y a continuación profundizaremos al respecto. Por otro lado, recibió críticas desde el punto de vista procesal, ya que se dudaba de su eficacia a la hora de poder ejercitar los derechos como se pretendía y el devenir posterior de los acontecimientos ha dado la razón en gran medida a esas dudas⁵⁵.

Sobre esto segundo, hay que tener en cuenta que desde que se le otorgó personalidad jurídica automáticamente se deduce que, en aplicación del artículo 6.1. 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, también se le reconoció capacidad para ser parte. La complejidad está en tener claro quién será el encargado de representar sus derechos en un juicio y por qué vía. El articulado establece tres órganos diferentes utilizando conceptos similares a los usados en antecedentes como el neozelandés: un Comité de representantes, una Comisión de seguimiento (formada por «guardianes y guardianas») y un Comité científico. Estos tres órganos conforman la denominada «Tutoría del Mar Menor» (art. 3.1 LMM). Sin embargo, a pesar de esta extensa regulación –o quizás precisamente como consecuencia de ello– no quedó nada claro quién era el responsable⁵⁶. Se justificaba que las dudas estarían resueltas cuando por fin se publicara el desarrollo reglamentario respecto a estos órganos (en aplicación de la disposición final primera). Esta norma tardó en aprobarse, al estar pendiente de la decisión del Tribunal Constitucional, pero finalmente se publicó el 12 de febrero de 2025: Real Decreto 90/2025, de 11 de febrero, por el que se regula el régimen de constitución, composición y funcionamiento de los órganos de representación y gobernanza de la laguna del Mar Menor y su cuenca (RD 90/2025).

Este Real Decreto viene a dar respuesta a algunas de las principales preguntas que se habían planteado, pero no las soluciona todas⁵⁷ y, además, genera algunas nuevas. Uno de los mayores problemas es que en la Ley del Mar Menor no se estableció si el nuevo ente personificado está regido por el derecho privado o público, por lo que resulta confuso determinar completamente cómo será su funcionamiento en el ordenamiento jurídico. El Consejo de Estado aprobó un

⁵⁵ A título informativo se puede leer un resumen de los diferentes procesos a marzo de 2025 en los que se ha intentado aplicar esta norma y cuáles han sido sus dificultades: ÁLVAREZ, «El primer juicio en el que el mar (sic) Menor se persona como acusación particular está previsto para mayo de 2026», *El País*, 14 de febrero de 2025, <<https://elpais.com/clima-y-medio-ambiente/2025-02-14/el-primer-juicio-en-el-que-el-mar-menor-se-persona-como-acusacion-particular-esta-previsto-para-mayo-de-2026.html>>. También el comunicado del Poder Judicial sobre el caso Topillo de fecha 7 de febrero de 2024: «La Audiencia de Murcia revoca la personación de las ONG y ayuntamientos ribereños como perjudicados del ‘caso Topillo’ en representación del Mar Menor», <<https://www.poderjudicial.es/cgpi/en/Judiciary/Novelties/La-Audiencia-de-Murcia-revoca-la-personacion-de-las-ONG-y-ayuntamientos-riberenos-como-perjudicados-del-caso-Topillo-en-representacion-del-Mar-Menor>>. Ver apartado 4.5 de este trabajo.

⁵⁶ Destacamos, además, que otras normas anteriores habían creado ya otras entidades encargadas de la protección de estos ecosistemas. Las nuevas no las sustituyen, sino que se añaden al catálogo de órganos implicados.

Vid. de manera más amplia GONZÁLEZ NAVARRO, «El reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca: ¿una garantía adicional para la protección de este ecosistema?», en Asencio Mellado/ Fuentes Soriano (dirs.), *El proceso como garantía*, Atelier, Barcelona, 2023, págs. 187 – 194.

⁵⁷ LOZANO CUTANDA, «La personificación jurídica del Mar Menor: persiste la inseguridad jurídica tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 142/2024 y el Real Decreto 90/2025», *GA_P*, 6 de marzo de 2025, <https://ga-p.com/wp-content/uploads/2025/03/Personificacion_juridica_Mar_Menor-1.pdf>.

dictamen en relación con el proyecto de Real Decreto⁵⁸, en enero de 2024 y, por lo tanto, antes de la sentencia del Tribunal Constitucional, en el que destacaba que uno de los principales aspectos problemáticos de la norma examinada derivaba de que la ley no hubiera identificado el tipo de ente que se estaba creando. En ese sentido, se recomendaba que se modificara la ley antes de aprobar el Real Decreto:

«Se trata más bien de seleccionar la clase de persona jurídica que es el Mar Menor, o bien entre las categorías enunciadas con carácter general en el artículo 35 del Código Civil [...], o bien como una categoría *sui generis* -que es la opción que, a priori, cabría considerar más adecuada desde el punto de vista técnico, entre otras razones, porque confluyen en el ente personificado elementos de derecho público [...] y elementos de derecho privado [...].

En definitiva, estima este Alto Cuerpo Consultivo que, por razones de seguridad jurídica, y a pesar de que el ordenamiento jurídico-privado esté presidido por el principio dispositivo, no resulta acertado que la propia Tutoría del Mar Menor defina su forma jurídica y, por consiguiente, las normas de derecho privado que le resultan aplicables, toda vez que ambas cuestiones dependen, en exclusiva, de la naturaleza jurídica del Mar Menor -de la que la Tutoría es mero sistema de gobernanza- y que dicha decisión únicamente puede ser adoptada por quien la ha creado o atribuido personalidad, esto es, por el propio legislador.

De ello se sigue que la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, debería ser completada antes de que se aprobase la regulación proyectada; o lo que es lo mismo, que las Cortes Generales [...] deberían definir la clase de persona jurídica que es el Mar Menor y los elementos nucleares de su régimen jurídico, para que el Gobierno pudiese ejercer su potestad de desarrollo reglamentario [...].».

El Tribunal Constitucional, en su sentencia analizada, señaló casi de pasada que, efectivamente, no se había determinado la naturaleza jurídica de la nueva entidad personificada⁵⁹; pero no se indicó ninguna consecuencia de ello⁶⁰. El voto particular, por el contrario, se mostró bastante duro al respecto y consideró que no establecerlo suponía un problema determinante: «[...] no parece que esa insuficiencia legislativa, cuya relevancia resulta innegable, pueda ser válidamente subsanada por un eventual desarrollo reglamentario [...] pues es al legislador al que corresponde determinar cuál sea la naturaleza de la nueva persona jurídica que ha decidido instituir»⁶¹.

A pesar de ello, la Ley del Mar Menor no fue modificada y, como indicábamos, el Real Decreto entró en vigor. Es palpable, en cualquier caso, que este problema estaba en la mente del gobierno durante su redacción final porque en el texto se señala hasta en siete ocasiones que los diferentes órganos que componen la Tutoría del Mar Menor se rigen por las normas del derecho privado⁶². Eso sí, debió de resultar extraño que un ente a todas luces semipúblico tuviera total libertad en

⁵⁸ Dictamen del Consejo de Estado de 25 de enero de 2024, con número de referencia del expediente 1276/2023, <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2023-1276>>.

⁵⁹ Así lo señala expresamente en el apartado 5 C) de la sentencia analizada.

⁶⁰ En las alegaciones del Abogado del Estado se considera *obvio* que no había un vacío jurídico sino que se trataba necesariamente de una persona de naturaleza pública (apartado 6 a) de la sentencia). Sin embargo, además de no resultar evidente ni para los magistrados que firman el voto particular, ni para el Consejo de Estado, ni para el propio Tribunal Constitucional, según el reglamento de desarrollo posterior, según vemos a continuación, finalmente se optó por asumir que se trata de una persona de naturaleza privada. Ayllón afirma que la LMM no señala la naturaleza jurídica del ente y que seguramente sea porque «la naturaleza jurídica de estas entidades no se ajusta a los parámetros clásicos y que, por ello, es necesario dotarlas de un régimen jurídico hecho a medida», AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, *Actualidad jurídica ambiental*, núm. 138, 2023, pág. 55. Eso sí, de tener que escoger en el ordenamiento jurídico español considera que lo acertado sería identificarla como una persona jurídico-privada (*ibidem*, pág. 56).

⁶¹ Apartado tercero del voto particular.

⁶² Aunque solo se centran en identificar las normas del funcionamiento interno y no en concreto en su naturaleza. Con más detalle *vid.* apartado 4.4 de este trabajo.

cuanto a la gestión de su patrimonio, por lo que el artículo 2.7 RD 90/2025 señala que, si cumple con los requisitos para ser considerado poder adjudicador⁶³, tendrá que cumplir la normativa pública al respecto.

Por otro lado, una de las críticas procesales más importantes a la Ley del Mar Menor es que, a la hora de iniciar un procedimiento judicial, no quedaba nada claro cuál era el órgano que iba a asumir la representación en juicio⁶⁴. La doctrina que había analizado la cuestión consideraba que lo más razonable, teniendo en cuenta la redacción de la ley, es que fuera el Comité de representantes⁶⁵. Sin embargo, el Real Decreto señala que la «representación legal de la laguna del Mar Menor y su cuenca ante toda clase de personas, autoridades y entidades públicas o privadas» (art. 2.4 a) RD 90/2025) será competencia de la Tutoría. Como señalábamos antes, esta está compuesta a su vez por tres órganos, lo que, en principio, parece que dificultaría la operatividad de cómo ejercitar esa representación. Para ello, el artículo 2.5 RD 90/2025 indica que «(l)as funciones que corresponden a la Tutoría del Mar Menor serán ejercidas conjuntamente por las presidencias de los tres órganos que la conforman y adoptarán sus decisiones por mayoría de sus miembros, de conformidad con los acuerdos que se hayan adoptado en cada uno de los órganos que presiden».

Esta apreciación, no obstante, no soluciona todos los problemas procesales ya que continúan las dudas sobre la legitimación para la defensa de estos nuevos derechos. El artículo 6 LMM ha generado grandes dificultades en su interpretación porque entremezcla conceptos y, en su escasa redacción, prevé modificaciones para los procedimientos penales, civiles y contenciosos-administrativos, sin tener en cuenta que en cada uno de ellos la legitimación está regulada de manera diferente. Así, se establece que, además de su representante *oficial*, estará legitimada para la defensa de sus derechos «cualquier persona física o jurídica», pero, y esto es lo más delicado, «dicha acción judicial se presentará en nombre del ecosistema del Mar Menor»⁶⁶. No se detalla

⁶³ La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público establece en su artículo 3.3 que serán poderes adjudicadores, entre otros las «[...] entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia».

⁶⁴ En cualquier caso, si se observa de qué manera se tramitó la ley (inexplicablemente con urgencia y sin apenas enmiendas) o el planteamiento del que partían sus promotores, no parece tan sorprendente esta inexactitud. Se pueden leer varias entrevistas a Teresa Vicente en las que, en nuestra opinión, todas las dudas jurídicas se responden apelando a la importancia de la naturaleza (hecho innegable, por otro lado). Un ejemplo bastante significativo es su explicación a la pregunta «Si el Mar Menor va a un juicio, ¿quién será su representante?». Su respuesta no genera demasiada confianza técnica, por mucho que entendemos que esté simplificando conceptos para hacerlos entendibles al público general: «Un abogado. Es increíble que hayamos llegado al punto de que veamos normal que cualquier entidad mercantil tenga derechos, que un abogado defienda sus intereses, pero no entendamos que los tenga un ecosistema, que es la base de la vida, y que los abogados puedan defenderlos. La personalidad jurídica tiene dos partes: la capacidad jurídica, que es su carta de derechos (para el Mar Menor es el derecho a la resiliencia o el derecho a su recuperación); y la capacidad de obrar (quienes defienden esos derechos, que son tres). Los derechos del Mar Menor los va a defender un grupo de científicos independientes [...] Los abogados harán lo que les digan los médicos del planeta (que son los científicos) y los guardianes. Cualquier persona puede denunciar [...]». La respuesta entera y el resto de la entrevista se puede leer en: DE MIGUEL, «Teresa Vicente: “La gente sabe que el Mar Menor tiene derechos porque lo ha visto morir”, *El Mundo*, 29 de abril de 2022, <<https://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/medio-ambiente/2022/04/29/626aa38e21efa0ca238b45d5.html>>.

⁶⁵ GONZÁLEZ NAVARRO, *El proceso como garantía*, págs. 187 – 194. También lo daba por supuesto PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, «La acción popular como instrumento de garantía de la tutela judicial efectiva del Mar Menor y su cuenca», *Medio Ambiente & Derecho*, núm. 1, 2023, apartado «La legitimación del Comité de Representantes y la legitimación pública, versión electrónica, <<https://huespedes.cica.es/gimadus/41/41-01-elisa.html>>.

⁶⁶ Vid. PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, *Medio Ambiente & Derecho*, núm. 1, 2023, *passim*.

exactamente cómo se acoge esta posibilidad en la estructura de cada uno de los procedimientos y, por ejemplo, en un procedimiento penal, si eso supone participar a través de la figura de la acción popular o de la acusación particular⁶⁷.

4.2 Alemania: las sentencias de Erfurt

Como decíamos, la ley española es el primer caso de positivación de esta propuesta de solución, pero se trata de un tema que se debate en prácticamente todos los países de nuestro entorno. Por la vía jurisprudencial en Alemania encontramos dos casos en los que se ha reconocido personalidad jurídica a la naturaleza, pero en unas condiciones particulares. Se trata de dos sentencias del tribunal regional de Erfurt de agosto y noviembre de 2024⁶⁸, dictadas por Martin Borowsky, juez y profesor de la Universidad de Heidelberg que se ha especializado, entre otras cuestiones, en el estudio de los derechos fundamentales. Para un sector de la sociedad estas decisiones se pueden entender como un hito y un claro ejemplo de que el país germano transita hacia definitivamente asumir estas posturas, lo que consideran positivo⁶⁹. Sin embargo, estas sentencias han sido también muy criticadas.

Los antecedentes de hecho de las resoluciones son sendas reclamaciones de daños y perjuicios relacionada con el escándalo del *Dieselgate*⁷⁰, presentadas por compradores de vehículos de BMW que tenían instalados el software que manipulaba los resultados de las mediciones de emisiones de gases contaminantes de estos coches. El juez sentencia en los dos casos parcialmente a favor de los demandantes y para calcular la indemnización a la que tienen derecho afirma que debe tenerse en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas, que se vulneraron los *derechos de la naturaleza*⁷¹. Tanto es así que no solo afirma la atribución de derechos, sino que, en esa lógica, los identifica como *personas ecológicas*⁷² y señala expresamente que debe concedérseles capacidad para ser parte⁷³.

Dedica varios apartados de la sentencia a justificar esta decisión en los antecedentes de esos países que destacábamos antes (en particular en el hecho de que no sería la primera vez que se introducen estos derechos por vía de una decisión judicial)⁷⁴, en la ley española y, sobre todo, en

⁶⁷ Sobre si la acción popular es la mejor vía para la defensa del bien jurídico supraindividual del medioambiente vid. MARRERO GUANCHE, «El ejercicio de la acción penal para la persecución de delitos contra el medioambiente» en Asencio Mellado/Fuentes Soriano (dirs.), *El proceso como garantía*, Atelier, Barcelona, 2023, págs. 105 ss.

⁶⁸ LG Erfurt, Urteil vom 02.08.2024 - 8 O 1373/21 y LG Erfurt, Urteil vom 17.10.2024 - 8 O 836/22, respectivamente.

⁶⁹ AX, «Rechte der Natur: Die Natur klagt ab sofort mit», *Netzwerk Rechte der Natur*, 8 de agosto de 2024, <https://www.2030agenda.de/sites/default/files/download/PM_080824_Natur-klagt-mit-historisches-Urteil.pdf>.

⁷⁰ Sobre el tema vid. NAVARRO FRÍAS, «Dieselgate, greenwashing y responsabilidad social corporativa», en Souto García (coord.) y Puente Alba (dir.), *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, Comares, Granada, 2022, págs. 183 – 203.

⁷¹ «Eigenrechte der Natur treten schutzverstärkend hinzu, die sich aus der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ergeben. Diese Rechte der Natur sind - wie in zahlreichen anderen Rechtsordnungen, etwa in Südamerika - von Amts wegen und unabhängig von entsprechendem Vortrag der Parteien oder einer ausdrücklichen Berufung hierauf zu berücksichtigen», apartado 29 de la sentencia 8 O 1373/21.

⁷² Se trata de nuestra traducción del concepto *ökologische Personen* que, si bien tiene cierto recorrido en la doctrina alemana cuando se plantean estos temas, no es habitual en español. En nuestro idioma son más comunes los términos personalidad jurídica ambiental o la naturaleza como sujeto de derechos.

⁷³ «Dies dürfte eine eigene Klagebefugnis ökologischer Personen begründen, sofern Unionsrecht einschlägig ist», apartado 56 de la sentencia 8 O 836/22.

⁷⁴ Resulta paradójico que nombre como ejemplo a la India (apartado 28 de la sentencia 8 O 836/22), seguramente haciendo referencia a la famosa sentencia del Tribunal Superior de Uttarakhand que sostuvo en 2017 que el río Ganges poseía personalidad jurídica, cuando esa sentencia fue revocada por el Tribunal Supremo del país unos meses después (sentencia de 6 de julio de 2017).

Por otro lado, señala que el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea apela a su interpretación teniendo en cuenta otros ordenamientos jurídicos (apartado 38 de la sentencia 8 O 1373/21). Sin embargo, este argumento es muy débil ya que parece bastante dudoso que se pueda afirmar que los

la interpretación de que lo recogido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aunque no establezca expresamente esta previsión, debe ser leída desde una visión ecologista⁷⁵. Sin embargo, como decíamos, estos argumentos no han convencido a una parte de la doctrina alemana que ha expresado variadas críticas.

Por un lado, hay autores que se han centrado en el fondo ya que, como planteábamos, no parece evidente cuáles serán las ventajas del reconocimiento de derechos a la naturaleza como vía para su mayor protección.

Pero por otro, estas sentencias han sido muy criticadas en cuanto a las formas y al uso de las normas procesales. Resulta como mínimo curioso que esta decisión, que en principio no cuenta con ningún respaldo en la normativa alemana⁷⁶, se haya tomado en un contexto en el que este tema casi resulta accesorio. Como decíamos, en las sentencias se argumenta a favor de los derechos de la naturaleza para utilizarlos como uno de los elementos para el cálculo de la indemnización que se les concedía a los demandantes que, en ningún caso, se habían presentado como representantes de la naturaleza. Por lo tanto, no se puede afirmar que se trate de un razonamiento *obiter dicta*⁷⁷, pero tampoco que sea el centro de la problemática. De hecho, algunos autores que están a favor de la personificación de la naturaleza, o que, al menos, la consideran una opción razonable, han criticado que se haya usado para el cálculo de una indemnización y no para un beneficio directo de la propia naturaleza⁷⁸.

Otra de las cuestiones que se ha destacado negativamente es el hecho de que un juez pretenda crear derecho. En ese sentido, se recuerda que no es la fórmula prevista en el derecho alemán en el que el activismo judicial no está tan asentado como puede estarlo en otros ordenamientos jurídicos, como en determinados países sudamericanos⁷⁹. En especial se criticó que la primera sentencia, la de agosto, fuera excesivamente parca en cuanto a sus fundamentos. Se observa en la sentencia de noviembre que el juez *responde* de alguna manera a esas críticas y se esfuerza por

derechos de la naturaleza están consolidados en el derecho internacional o en alguno de los Estados miembros. Una cosa es que se pueda estar de acuerdo o no con la afirmación «Dieser weltweiten, zunehmenden Tendenz verschließt sich der europäische Rechtskreis nicht» y otra que el derecho de la UE obligue a interpretar sus normas a la luz de lo que se esté legislando en otros entornos jurídicos.

⁷⁵ «[...] Nach Art. 37 der Charta müssen zudem ein hohes Umweltschutzniveau und die Verbesserung der Umweltqualität in die Politik der Union einbezogen und nach dem Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung sichergestellt werden. Diesem wesentlichen Ziel der Union dient die Anerkennung von Eigenrechten der Natur», apartado 33 de la sentencia 8 O 1373/21.

Los autores del voto particular de la sentencia del Tribunal Constitucional interpuesto contra la Ley del Mar Menor señalaron expresamente que, en su opinión, el artículo 37 CDFUE no se puede usar para respaldar la creación en la Unión Europea de derechos de la naturaleza.

⁷⁶ Aunque, tal y como indica la sentencia, tampoco se encuentra nada que lo prohíba. *Vid.* apartado 31 de la sentencia de agosto.

⁷⁷ GUTMANN, *Verfassungsblog*, 28 de octubre de 2024.

⁷⁸ Transcribiendo la opinión de Gerhard Wagner, profesor de la universidad Humboldt en Berlín: GELINSKY, «Hat die Natur eigene Rechte?», *Frankfurt Allgemeine*, 19 de agosto de 2024, <<https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/urteil-in-dresden-in-dieselklage-hat-die-natur-eigene-rechte-19929230.html>>. También HAAKE, «Pioniertat oder Bären dienst?», *Verfassungsblog*, 26 de agosto de 2024, <<https://verfassungsblog.de/rechte-der-natur-erfurt/>>.

⁷⁹ No haciendo referencia a este caso concreto, pero sí sobre el problema al que se enfrentan los jueces con situaciones novedosas como los derechos de la naturaleza se pronuncia MARTÍNEZ GARCÍA, «Retos de la función jurisdiccional para un mundo interdependiente y ecodependiente», *Teoría & Derecho*, núm. 37, 2024, págs. 239 ss. Su postura es más favorable a la creación de derecho por parte de los jueces o, al menos, a una interpretación más amplia de la norma: «[...] sabemos que en esta lenta construcción muy a menudo la jurisprudencia va por delante del legislador, es decir, la ley que surge de los parlamentos es fruto de una andadura previa que normalmente nace en reivindicaciones en la ciudadanía, llega a la práctica de los tribunales y que *a posteriori* esta acaba siendo desarrollada por el legislador», pág. 244.

explicitar con más detalle su postura. En concreto se reafirma señalando que el derecho de la Unión Europea evoluciona constantemente a través de las sentencias que van dictando los diferentes tribunales encargados de su interpretación⁸⁰.

Sin embargo, a eso mismo se puede responder con otra de las críticas de la doctrina alemana en lo que respecta a si era el órgano judicial oportuno. Es decir, no solo el hecho de que se haya creado, o pretendido crear, un concepto jurídico tan innovador a través de una decisión judicial, sino si, puestos a admitirlo, el tribunal regional de Erfurt era el competente para ello⁸¹. En la sentencia de noviembre se ponen varios ejemplos en los que se ha admitido previamente la innovación de conceptos del derecho comunitario, pero son sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional Federal, tribunales que están en un escalafón superior en cuanto a tener competencia para una interpretación tan innovadora.

4.3 Problemas compartidos en cuanto al fondo

Como hemos ido viendo, al analizar esta cuestión se plantean problemáticas ramificadas: por un lado, si es posible la personificación de este tipo de entes. Esta pregunta a su vez se divide entre si es posible a efectos formales –sobre lo que hemos profundizado en el apartado anterior– y si es posible en cuanto al fondo. Por otro, si en caso de que se pudiera, si se debe hacer o si se consigue algo con ello. En este apartado nos centraremos en la pregunta sobre si la personificación es posible en cuanto al fondo y, en particular, en las críticas y sus respuestas que recibieron la Ley del Mar Menor y las resoluciones de Erfurt.

Una realidad incontestable de la que hay que partir cuando se analiza esta cuestión es que los seres humanos, para comprender el mundo y cómo funciona, categorizamos constantemente la realidad. En ese sentido, la separación entre las personas y las cosas es una de las más relevantes. Explicar las diferencias (y qué se engloba en qué) no siempre es fácil y ha generado diversas corrientes filosóficas, pero intuitivamente vemos que son realidades ontológicas diferentes⁸². Eso sí, no puede afirmarse que haya una definición clara de los dos términos a pesar de su relevancia en el ámbito jurídico⁸³. Resulta usual volver a la famosa distinción de Kant que usa los conceptos de *Würde* y *Preis*⁸⁴, pero no hay unanimidad al respecto. Evidentemente esta aproximación es una simplificación, tanto en lo que respecta a las personas como a las cosas, ya que en su división se entremezclan otros términos que tampoco son fáciles de definir: dignidad, vida, sentimiento o voluntad. Según los autores hayan considerado uno de estos conceptos más o menos importantes han surgido diferentes propuestas, así, por ejemplo, todas aquellas teorías sobre la personalidad

⁸⁰ Apartado 70 de la sentencia 8 O 836/22.

⁸¹ KOLTER/KRING, «Landgericht Erfurt erkennt erneut Rechte der Natur an», *Legal Tribune Online*, 23 de octubre de 2024, <<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lg-erfurt-8o83622-rechte-der-natur-zweites-urteil>>; DEGENHART, «Irritierend distanzlos», *Verfassungsblog*, 5 de noviembre de 2024, <<https://verfassungsblog.de/rechte-der-natur-erfurt-kritik/>>.

⁸² Los estudios psicológicos apuntan que a partir de los 5 años los seres humanos ya somos capaces de clasificar la realidad entre seres vivos y seres inertes (vid. KAHN *et alt.*, «The new ontological category hypothesis in human-robot interaction», *HRI '11: Proceedings of the 6th international conference on Human-robot interaction*, Boston, marzo 2011, págs. 159 ss.).

⁸³ «Persons are those who hold rights and whose interest are protected by the legal system, whereas things do not hold rights and exist merely for persons to use», KURKI, *German Law Journal*, núm. 5 (18), 2017, pág. 1070. Vid. también KURKI, *Theory of Legal Personhood*, pág. 11; y TRAHAN, «The Distinction between Persons and Things: An Historical Perspective», *Journal of Civil Law Studies*, núm. 1 (1), págs. 9 ss.

⁸⁴ «En el reino de los fines todo tiene o un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente, en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad», KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Malpaso, Barcelona, 2020, [traducción de: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, por García Morente, M.], pág. 190.

jurídica que tratan de buscar *la esencia de la persona*⁸⁵ o el biocentrismo y ecocentrismo de los que nos ocupamos más arriba.

De entre todas las críticas en cuanto al fondo que han recibido tanto la ley española como las sentencias alemanas, una de las más repetidas es la que señala que la personificación de entes diferentes de las personas supone un problema en cuanto a la protección de la dignidad humana. En el recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley del Mar Menor los recurrentes argumentaron que:

«[...] al otorgarse personalidad jurídica a una entidad natural, reconocérsele una serie de derechos y otorgar legitimación activa para su protección a cualquier persona física o jurídica, se la está equiparando a los seres humanos y confiriéndole un estatus y una dignidad que no le corresponde en absoluto y que la Constitución reserva exclusivamente al ser humano, bien actuando individualmente, bien agrupado en orden a obtener un fin común [...]»⁸⁶.

«[...] la naturaleza debe ser objeto de protección jurídica, pero no sujeto de derechos, porque es imposible desvincular la noción de derecho subjetivo de las de libertad, dignidad, conciencia, voluntad y responsabilidad»⁸⁷.

El Tribunal Constitucional le dedica a esta cuestión un apartado en su fundamento jurídico quinto en el que descarta la posibilidad de que la personificación de otros entes pueda suponer una vulneración del artículo 10.1 de la Constitución. Utiliza dos argumentos para ello: por un lado afirma que la defensa de la dignidad humana está estrechamente ligada con la defensa de los entornos naturales en los que vivimos, por lo que cualquier medida que favorezca la protección del medioambiente la favorecerá⁸⁸. La sentencia de agosto del tribunal de Erfurt⁸⁹ también sostiene que los derechos de la naturaleza no vulneran la dignidad que protege la Carta de Derechos de la Unión Europea (artículo 1). Asegura que, precisamente a la luz del derecho de la Unión Europea, debe defenderse esta postura para garantizar que los seres humanos del futuro puedan vivir dignamente. Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional señala que tampoco puede haber conflicto en tanto que la personalidad jurídica que se le otorga al Mar Menor es «por naturaleza [...] diferente de la personalidad humana».

El primer argumento, sin ser falso como tal, en nuestra opinión tiene dos aspectos criticables. En la propia sentencia se establece que el motivo que justifica esta decisión a la hora de proteger el medioambiente en vez de alguna de las otras posibles es que el legislador ha optado por dirigirse hacia una corriente ecocéntrica «moderada», según sus palabras⁹⁰. Sin embargo, el ecocentrismo no parte de esa premisa. En esta corriente filosófico-jurídica, la protección elevada de la naturaleza se motiva en que todo el entorno natural cuenta con una relevancia o un valor por sí

⁸⁵ Aquí se pueden englobar a autores como Zitelmann y su *Willenstheorie* (en el ámbito español Giner de los Ríos y su organicismo social se aproximaron mucho) o a Hölder y Binder que se centraban en la capacidad de tomar decisiones. Sobre esta cuestión puede consultarse: ZITELMANN, *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1873; GINER DE LOS RÍOS, *La persona social. Estudios y fragmentos*, Comares, Granada, 2006; HÖLDER, *Natürliche und juristische Personen*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1905; BINDER, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, A. Deichert, Leipzig, 1907; DE CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1981, págs. 266 ss.; FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, Monereo Pérez, J. L. (dir.), Comares, Granada, 2006, [traducción de: *Teoría delle persone giuridiche*, 1915, por Ovejero y Maury, E.], págs. 135 ss.

⁸⁶ Párrafo transcrito de los antecedentes de la STC 142/2024.

⁸⁷ Párrafo transcrito del fundamento jurídico quinto de la STC 142/2024.

⁸⁸ «La idea de dignidad humana aquí presente sitúa a la persona humana en simbiosis con un entorno que puede transformar, pero que no debe destruir si desea conservar esa misma dignidad», fundamento jurídico quinto apartado b) de la STC 142/2024.

⁸⁹ Apartado 36.

⁹⁰ Lo señala expresamente en el fundamento jurídico tercero.

mismo, sin tener en cuenta los posibles beneficios que puedan derivarse para el ser humano. Asimismo, no compartimos que afirmar que la protección del medioambiente es positiva para la dignidad humana sea equivalente a justificar que esta manera concreta mediante la que se pretende proteger mejor a la naturaleza no pueda vulnerar la dignidad. El supuesto objetivo último no se pone en duda, sino la concreta fórmula por la que se opta.

En cuanto a lo segundo, no es novedosa la afirmación de que existen diferentes tipos de personalidad jurídica. Tal y como comentábamos más arriba, la defensa de que la personalidad jurídica es graduable ha sido asumida por diferentes operadores jurídicos en diversas épocas. Sin embargo, la pregunta en estos casos es siempre la misma: ¿cómo definiría el Tribunal Constitucional la personalidad jurídica si considera que la de un ser humano y la del Mar Menor no es la misma? En la sentencia se habla de «herramienta técnica de la atribución de personalidad jurídica», pero resulta una expresión que no acaba de explicar exactamente qué es. Con la definición con la que trabajamos nosotros de personalidad jurídica no es posible que sea graduable, ni que sea diferente según el tipo de ente que estemos analizando. Lo que varía es la capacidad de actuación en el tráfico jurídico, en tanto el régimen jurídico es diferente.

En ese sentido, partiendo de esos dos argumentos, en muchas ocasiones se argumenta que la personificación de los entes naturales no sería tan distinta a lo que se ha hecho en otros momentos históricos, por lo que no tendría que ser tan sorprendente. En algunos casos se justifica la personificación señalando que la personalidad jurídica no es más que una máscara que identifica a un sujeto de derechos y que todos los sujetos son personas jurídicas, incluidos los seres humanos (usando un razonamiento similar al que planteó Kelsen)⁹¹. Así, determinar legislativamente quién o qué ostenta esa *máscara* no supondría un cambio radical, sobre todo teniendo en cuenta que a lo largo de la historia y según los ordenamientos jurídicos la personalidad jurídica ha sido más o menos amplia. Por ejemplo, Stone señala que hasta hace no tanto las mujeres o los nativos americanos no eran considerados personas de pleno derecho⁹², por lo que parece una simple evolución del derecho continuar ampliando el concepto de entes personificados. Sin embargo, ese argumento en nuestra opinión es débil y hasta ofensivo. ¿Los argumentos para reconocer la personalidad jurídica de la mujer son los mismos que para reconocérsela a un árbol⁹³?

⁹¹ Kelsen, *Théorie pure du droit*, La Baconnière, Neuchâtel, 1953, [traducción de: *Reine Rechtslehre*, 1934, por Thévenaz, H.], págs. 104 ss.

⁹² Stone, *Should trees have standing?*, págs. 24 y 25.

⁹³ Aunque en realidad en muchos casos se confunde, sobre todo en los países anglosajones, el reconocimiento de la personalidad jurídica con la capacidad de obrar. Aunque este concepto esté en vías de desaparición, consideramos que es extremadamente útil para centrar los debates.

En las jornadas celebradas recientemente en la Universidad Carlos III («El Mar Menor como sujeto de derechos: un diálogo alrededor de la sentencia del Tribunal Constitucional de España 142/2024, de 20 de noviembre de 2024») se debatió sobre esta cuestión. Mientras uno de los ponentes exponía su opinión, una persona del público le rebatió una idea y señaló que en Canadá se había otorgado personalidad jurídica a las sociedades mercantiles antes que a las mujeres. Estaba haciendo referencia a este sorprendente e indignante caso en el que en 1929 en Canadá tuvieron que debatir en un tribunal si el concepto de *persona* incluía o no a las mujeres (a efectos de reconocerle una serie de derechos políticos que se les atribuía a las *personas* en una norma). Se puede leer más al respecto aquí: <<https://www.canada.ca/en/women-gender-equality/commemorations-celebrations/womens-history-month/persons-day.html>>. Sin embargo, y a pesar de que nadie en la mesa lo contradijo, por supuesto que antes de esa fecha las mujeres canadienses tenían reconocida personalidad jurídica en cuanto podían llevar a cabo actos válidos en el tráfico jurídico (trabajar, estudiar, comprar e, incluso, aunque con ciertas limitaciones, votar). Vid. «Women in Canadian History», Government of Canada, 23 de octubre de 2024, <<https://www.canada.ca/en/women-gender-equality/commemorations-celebrations/womens-history-month/women-history-canada-timeline.html>>.

Mucho más frecuente es este mismo argumento, pero haciendo referencia a la personificación de las sociedades, generalmente centrándose en las sociedades mercantiles (o coloquialmente *empresas*). Es decir, se afirma que, si en un momento histórico concreto se optó por ampliar el término de persona jurídica para incluir a las sociedades mercantiles, no tiene por qué haber problema en aceptar otro tipo de entes si se considera que eso sería beneficioso⁹⁴. Se suele reprochar que el sistema capitalista emplea el derecho para la mejora de fines económicos y que, por el contrario, pone reparos para usar la misma técnica para un bien considerado más loable⁹⁵; en ocasiones también se añade el argumento de que se ha personificado a los Estados, con un trasfondo de coerción política⁹⁶. Sin desmentir que, evidentemente, la visión capitalista guía la toma de decisiones, cuando se afirma ello parece olvidarse que, detrás de los entes subjetivados que se admiten de manera generalizada, siempre hay humanos. En cambio, esto no es así en el caso de los animales, los robots y, en lo que nos concierne, la naturaleza y en ello radica el gran cambio.

También suele recurrirse a utilizar como argumento el caso de las sociedades mercantiles para la defensa de la posibilidad de una personificación limitada. Así, se pueden leer argumentos que señalan:

«La capacidad de la persona jurídica es necesariamente limitada: mientras que una persona física dirige su actividad como mejor le parezca, una persona jurídica se crea con el fin de llevar a cabo una actividad específica, y solo puede realizar actos jurídicos de conformidad con su objeto social (en el caso de una persona jurídica de derecho privado, este objeto se definirá en los estatutos) [...]»⁹⁷.

Sin embargo esta analogía es errónea ya que se entremezclan conceptos. Por ejemplo, una sociedad limitada cuyo objeto social sea la fabricación de zapatos, en tanto persona para el derecho que es, podrá sin ningún tipo de problemas comprar lo que considere más oportuno, incluso aunque el objeto en cuestión no tenga relación con el desarrollo de su actividad, con los límites del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital⁹⁸. Este hecho será un contrato con plena validez civil. Entendemos que quien usa este tipo de argumentos suelen mezclar la capacidad de obrar en el tráfico jurídico o la validez del contrato con cuestiones relativas a la posible responsabilidad de los administradores de las sociedades en el ámbito privado e, incluso y según el supuesto, de tipo penal. Pero, *per se*, el acto es perfectamente válido pues, tal y como hemos argumentado, la personalidad jurídica se tiene o no se tiene y no es graduable.

⁹⁴ Sin embargo, no siempre el argumento está construido sobre lo que significa realmente (y el desarrollo histórico) de las sociedades mercantiles o se confunden términos como sociedades, comunidades de bienes y fundaciones. Vid. BACHMANN FUENTES/NAVARRO CARO, «Consideraciones en torno a la constitucionalidad de la Ley 19/2022 para el reconocimiento de personalidad jurídica del Mar Menor y su cuenca», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 372, 2024, págs. 144 ss.

⁹⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, *Teoría & Derecho*, núm. 37, 2024, pág. 241. BACHMANN FUENTES/NAVARRO CARO, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 372, 2024, pág. 124.

⁹⁶ GUTMANN/MORALES NARANJO, «¿Pueden comparecer los ausentes? Los fundamentos que justifican el acceso de la naturaleza a la justicia en Alemania y Ecuador», en Fisher-Lescano/Valle Franco (coords.), *La naturaleza como sujeto de derechos: un diálogo filosófico y jurídico entre Alemania y Ecuador*, El Siglo, Bogotá, 2023, págs. 121 – 122.

⁹⁷ GUTIÉRREZ CASTILLO, «Estudio del primer ecosistema con personalidad jurídica en Europa: análisis a luz de la obligación internacional de proteger y del derecho comparado», *Cuadernos de Derecho Transaccional*, núm. 2 (15), octubre de 2023, pág. 580, nota al pie 11.

⁹⁸ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de abril de 2016: «[...] están incluidos en el ámbito de poder de representación de los administradores no sólo los actos de desarrollo y ejecución del objeto, ya sea de forma directa o indirecta y los complementarios o auxiliares para ello, sino también los neutros o polivalentes y los aparentemente no conectados con el objeto social, quedando excluidos únicamente los claramente contrarios a él, es decir, los contradictorios o denegatorios del mismo».

4.4 Derechos atribuidos y tipo de entidad creada

Muy relacionado con qué implica la personificación y la posibilidad de que existan varios tipos de personalidades jurídicas está la cuestión de qué derechos se les atribuirían a estas nuevas entidades. Por un lado, se plantea exactamente qué derechos y con qué amplitud se le concederá y, por otro, si es posible que la personalidad jurídica solo atribuya derechos sin obligaciones.

En el caso de la Ley del Mar Menor el legislador fue bastante explícito y en su artículo 2 le reconoció los siguientes derechos: a existir y evolucionar naturalmente, a su protección, a su conservación y a su restauración; aunque no se le reconoce, por ejemplo, el derecho a la *vida* como tal⁹⁹. En el apartado segundo de ese mismo artículo se desarrolla un poco más qué implica cada uno de estos derechos y el más innovador es el primero que se explica de la siguiente forma:

«a) Derecho a existir y a evolucionar naturalmente: El Mar Menor está regido por un orden natural o ley ecológica que hace posible que exista como ecosistema lagunar y como ecosistema terrestre en su cuenca. El derecho a existir significa el respeto a esta ley ecológica, para asegurar el equilibrio y la capacidad de regulación del ecosistema ante el desequilibrio provocado por las presiones antrópicas procedentes mayoritariamente de la cuenca vertiente».

La redacción del precepto puede suscitar las dudas de qué implicará exactamente respetar la *existencia* de la laguna y qué debe entenderse por *ley ecológica*¹⁰⁰. Pero también se plantea la cuestión de si únicamente se le reconocerán esos derechos o si se trata de una redacción *numerus apertus*. En muchos casos, cuando se comenta en general los derechos de la naturaleza se hace referencia a derechos más cercanos al grupo de los de la personalidad y de una forma en la que parecería que se excluyen otras posibilidades¹⁰¹. Sin embargo, si tenemos en cuenta el Real Decreto 90/2025 parece que la respuesta a esa segunda pregunta es positiva y que como ente personificado el Mar Menor puede actuar en el tráfico jurídico en más ámbitos que los expresamente indicados en la ley. Esto es así en tanto el artículo 2 del RD señala que le es posible:

⁹⁹ Como sí se le reconoce a la Madre Tierra en el artículo 7.1.1 de la Ley de Derechos de la Madre Tierra boliviana. En este texto legal este derecho se define como: «derecho al mantenimiento de la integridad de los sistemas de vida y los procesos naturales que los sustentan, así como las capacidades y condiciones para su regeneración».

¹⁰⁰ Entre otras cosas si tenemos en cuenta que el artículo 4 LMM establece que «toda conducta que vulnere los derechos reconocidos y garantizados por esta ley [...] generará responsabilidad penal, civil, ambiental y administrativa [...]».

En la STC 142/2024 se consideró que la incertidumbre en la redacción no era motivo de inconstitucionalidad (fundamento jurídico sexto), pero es una cuestión con la que el voto particular fue muy crítico: «A nuestro juicio, el art. 2 se sitúa por debajo del umbral mínimo de calidad, previsibilidad y certeza que impone el art. 9.3 CE. Este art. 2 reconoce una serie de “derechos” al Mar Menor [...] en términos tan amplios, vagos e imprecisos que hacen imposible conocer su contenido ni, consiguientemente, planificar la propia conducta y anticipar las consecuencias jurídicas de los propios actos», apartado 4.e).

A favor de considerar que esta incertidumbre en la reducción podría haber supuesto la inconstitucionalidad de la norma, se puede tener en cuenta la doctrina acerca del mandato de certeza y el mandato de claridad de las normas que se defienden en Alemania: «En consecuencia, con el mandato de certeza se persigue fundamentalmente que el gobierno y la administración encuentren en la ley pautas orientadoras y limitadoras de su acción, y que los tribunales puedan llevar a cabo un control jurídico efectivo; mientras que la claridad de la norma incide en la comprensibilidad del contenido de la regulación, en particular con el objetivo de que los ciudadanos puedan prepararse ante eventuales medidas onerosas que, de lo contrario, podrían adoptarse sin su conocimiento y sin la accesibilidad del control jurisdiccional [...], MEDINA GUERRERO, «El Tribunal Constitucional y los defectos de técnica legislativa», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 53, 2024, pág. 257. También a favor de que esta cuestión era motivo de inconstitucionalidad LOZANO CUTANDA/GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS, «La declaración del Mar Menor y su cuenca como persona jurídica: “un embrollo jurídico”, *Diario La Ley*, núm. 10163, 2022.

¹⁰¹ En el caso de la propuesta de la personalidad jurídica de los robots hay autores que expresamente excluyen, por ejemplo, el *ius connubii* (ERCILLA GARCÍA, «Una aproximación a una personalidad jurídica específica para los robots, *revista Aranzadi de derechos y Nuevas Tecnologías*, núm. 47, 2018, pág. 7).

«[...] b) La contratación de bienes o servicios y personas trabajadoras, así como la percepción de cobros o el abono de pagos efectuados para el desarrollo de su actividad. A tales efectos, solicitará el número de identificación fiscal a nombre de “La laguna del Mar Menor y su cuenta” [...]; c) La aprobación anual del estado de cuentas, el presupuesto y el plan de trabajo [...]».

Adicionalmente, el apartado 7 del artículo 2 señala que: «El régimen de contratación se regirá por lo dispuesto en el ordenamiento jurídico privado. No obstante, cuando la Tutoría del Mar Menor cumpla los requisitos para ser poder adjudicador [...] deberá actuar conforme a los principios [...] recogidos en dicha ley»; y el artículo 4, cuando hace referencia a la financiación de sus actividades indica que: «[...] la Tutoría del Mar Menor podrá obtener ingresos por el desarrollo de sus actividades los cuales se destinarán a la salvaguarda y defensa de los derechos reconocidos [...] así como al funcionamiento de los órganos que integran la Tutoría del Mar Menor». Por lo tanto, parece que el Mar Menor cuenta con derechos de carácter económico y que, al contrario de lo que podía parecer, también deberá hacer frente a obligaciones.

Por un lado, consideramos que este añadido de la norma reglamentaria es positivo en cuanto a que es coherente con las características mínimas que consideramos que tiene que tener cualquier ente personificado (nombre, domicilio, nacionalidad, capacidad para actuar en el tráfico y un patrimonio)¹⁰². Hasta la publicación del Real Decreto podíamos pensar que se había pretendido la creación de una persona jurídica sin esa capacidad patrimonial, lo que iría en contra de la configuración del resto de personas existentes hasta este momento. Sin embargo, por otro, estos artículos no hacen más que generar nuevas dudas, en gran medida por la manera en la que están redactados. Tal y como ya destacamos, el hecho de que la ley no estableciera si se trataba de un ente de derecho público o privado resultaba un gran escollo. Una vez aclarado que se rige por el derecho privado, ha habido un avance hacia una regulación más clara, pero seguimos sin ser capaces de determinar de qué tipo de persona jurídica se trata, en caso de que pueda encuadrarse en alguno de los preexistentes, o si se trata de un ente totalmente distinto¹⁰³. Esta situación cuando únicamente se trataba de derechos más pasivos (como el derecho a la existencia) o reactivos (como el de la protección) quizás no causaba tantos problemas, al menos en lo más práctico. No obstante, una vez que se establece claramente que será capaz de realizar actividades económicas e, incluso, funcionar como empleador, el régimen jurídico aplicable supone una preocupación mucho mayor.

Por la redacción del artículo 4.2 RD observamos que estamos ante una entidad con un fin no lucrativo, puesto que se descarta el ánimo de lucro o lucro subjetivo (los posibles ingresos se deben destinar a «la salvaguarda y defensa de los derechos» y «al funcionamiento de los órganos»). Por lo tanto, si bien se permite que lleve a cabo una actividad económica mediante la que se obtenga dinero, esta debe usarse únicamente para la recuperación del gasto (lucro objetivo)¹⁰⁴. Sin embargo, no podemos aventurar si esa actividad económica se hará bajo la forma de una entidad no lucrativa de carácter más tradicional o si estamos ante un tipo societario, ya sea civil o mercantil. La terminología que se usa nos recuerda a la que se emplea cuando se

¹⁰² Ver al respecto el apartado 2.2 de este trabajo.

¹⁰³ Esta segunda opción sería acorde con lo propuesto en las sentencias de Erfurt cuando se habla de personas ecológicas, entendiéndose que pudieran ser consideradas una categoría entre las personas físicas y las jurídicas. También AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, *Actualidad jurídica ambiental*, núm. 138, 2023, págs. 55 ss.

¹⁰⁴ Sobre la diferencia entre lucro subjetivo y objetivo vid. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «Ánimo de lucro y concepto de sociedad (breves consideraciones a propósito del artículo 2.2 LAIE)», en AA. VV., *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea: estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 731 ss.; o FERNÁNDEZ DEL POZO, «Sociedades de capital sin ánimo de lucro», *Almacén de Derecho*, 24 de enero de 2021, <<https://almacendederecho.org/sociedades-de-capital-sin-animo-de-lucro>>.

desarrolla el concepto de empresa social¹⁰⁵, pero, sin haber acotado qué tipo de actividades económicas podrá desarrollar, es difícil asegurarlo¹⁰⁶.

Asimismo, otra dificultad a la hora de interpretar adecuadamente el Real Decreto es el rol que le atribuye a la Tutoría y su naturaleza jurídica¹⁰⁷. El artículo 2.2 RD señala que la Tutoría es una «institución» cuya función es «la representación y gobernanza de la laguna». No parece que lo más adecuado haya sido su identificación como institución, pero lo más problemático, en nuestra opinión, es que el articulado está redactado de tal forma que parece dar a entender que es la Tutoría la que contratará los bienes y servicios, la que contratará a los trabajadores y la que ejercerá las actividades económicas.

Esta redacción se puede entender de dos formas: la primera es que la Tutoría es a su vez una persona jurídica cuya función es la representación de otra persona jurídica. Esto explicaría por qué el articulado le *atribuye* derechos y obligaciones de cara a terceros. Esta posibilidad en nuestra opinión habría que descartarla, ya que no parece que sea el fin de la norma¹⁰⁸ y, sobre todo, porque no cabe que una norma reglamentaria pueda crear una tipología nueva de personas jurídicas. La segunda opción, que entendemos que es lo que ha sucedido, es que no se ha hecho una buena redacción del artículo y se ha confundido la persona jurídica con su representante, como si se hubiera dicho que el administrador de una sociedad de capital compra un bien cuando firma un acuerdo en su labor de representante. Puede que al redactar el precepto haya resultado extraño señalar que alguien puede estar contratado por el Mar Menor —es comprensible—, pero esas son las consecuencias de la personificación.

4.5 ¿En qué ha mejorado la posición de la naturaleza personificada?

Como comentábamos, en el momento que se plantea el tema de los derechos de la naturaleza se presentan varias preguntas relacionadas. Anteriormente nos hemos detenido en valorar si es posible formalmente y en cuanto al fondo. En los dos casos hemos establecido que nuestra opinión es contraria, pero que existen posturas a favor y cuáles son sus argumentos. Ahora la siguiente cuestión es: suponiendo que aceptásemos que el ordenamiento jurídico español permite la personificación de la naturaleza (o, en su caso, el otorgamiento de derechos), ¿es una buena idea hacerlo? ¿Se consigue algún beneficio en la mejora de la protección del medio natural? Según el Tribunal Constitucional este elemento no era definitorio para determinar la constitucionalidad de la ley¹⁰⁹, pero consideramos que desde el punto de vista del análisis de la

¹⁰⁵ Sobre su (difícil) definición y su desarrollo se puede consultar FLEISHER/PENDL, «The Law of Social Enterprises: Surveying a New Field of Research», *European Business Organization Law Review*, núm. 269, 2024, págs. 276 ss.

¹⁰⁶ En cualquier caso, aunque pudiéramos determinar que se trata de una empresa social, puesto que en España únicamente está desarrollado el régimen jurídico de las empresas sociales que operan mediante los tipos establecidos en la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, no obtendríamos grandes avances en cuanto a las normas aplicables.

¹⁰⁷ Obviando en sí la gran complejidad que existiría para su organización a la luz de los artículos 3, 5 y 7 de la norma reglamentaria.

¹⁰⁸ Aunque a la vista del tenor literal del precepto, aunque el fin sea otro, no debe completamente descartarse.

¹⁰⁹ En el fundamento jurídico quinto de la STC 142/2024 indica: «Pudiendo haberse optado por herramientas diversas, la seleccionada es tan idónea (o inidónea) como podrían haberlo sido otras, para buscar la protección, defensa y recuperación del ecosistema de la laguna, procurando la preservación del entorno para su futuro disfrute. “[...] sin que desde luego sea tarea de este tribunal enjuiciar el mayor o menor acierto del legislador al establecer”, en este caso, este tipo de herramienta jurídica, “sino únicamente, y partiendo siempre de la presunción de constitucionalidad de las normas legales, expulsar del ordenamiento aquellas que evidentemente, y fuera de toda duda razonable, no encuentren acomodo en nuestra Constitución” (STC 206/2013, de 5 de diciembre, FJ 3)».

Efectivamente el Tribunal Constitucional ha destacado que las posibles deficiencias en la técnica legislativa no suponen vicio de inconstitucionalidad [por ejemplo, STC (Pleno) 65/2020, de 18 de junio (BOE núm.

norma resulta imprescindible. Insistimos en que uno de nuestros puntos de partida es que, aunque se pueda demostrar que la situación medioambiental requiere de una mayor intervención, eso no supone automáticamente que la mejor solución sea el otorgamiento de derechos¹¹⁰.

El río Atrato lleva desde 2016 siendo considerado sujeto de derecho y la gran mayoría de los textos científicos, divulgativos y periodísticos al respecto se centran en ese hecho. Por el contrario, a pesar de haber transcurrido casi 10 años no hay excesiva información sobre la mejora, o no, que eso ha supuesto en su contaminación y protección. En el 2022, con la entrada en vigor de la Ley del Mar Menor, se repitieron las numerosas referencias a este *hito* colombiano y constantemente se centraban en la devastadora situación medioambiental en la que se encontraba el Chocó (la zona geográfica por la que transcurre el río) y lo que fundamentó los argumentos del tribunal. Sin embargo, no parece que se le prestara suficiente atención a la pregunta de si eso había logrado alguna mejora concreta en esos años. La respuesta, tanto entonces como ahora, parece negativa¹¹¹, ya que la mera declaración sin más como sujeto no implica una mayor protección del medio natural¹¹². Lamentablemente, la evaluación *ex post* de las normas no es una herramienta demasiado común¹¹³.

196, de 18 de julio de 2020), FJ 8], sin embargo, en ocasiones ha admitido que una pobre calidad de la norma puede afectar a la seguridad jurídica [«no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas», STC (Pleno) 150/1990, de 4 de octubre, (BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1990, FJ 8].

En cualquier caso, partiendo de que el Tribunal Constitucional respeta el margen de discrecionalidad del legislador, debemos tender a buscar las soluciones óptimas, por lo que resulta oportuno que nos planteemos en qué medida una decisión es capaz de lograr el fin buscado y si, en su caso, se pueden proponer otras que lo logren en mayor medida.

¹¹⁰ García Figueroa identifica esta idea como «la falacia de la ineficacia como fuente de derechos» en GARCÍA FIGUEROA, «Las falacias del Mar Menor», *Acento local. El blog de actualidad jurídica*, 2 de noviembre de 2022, <<https://www.gobiernolocal.org/acento-local/las-falacias-del-mar-menor/>>.

¹¹¹ Los artículos periodísticos sobre la situación del río y de esa zona en general no son mucho más positivos que antes de 2016: QUINTERO DÍAZ, «A cinco años de la sentencia del río Atrato, muchos acuerdos y pocas acciones», *El espectador*, 28 de septiembre de 2021, <<https://www.connectas.org/especiales/colombia-sentencias-ambientales-incumplidas/atrato-2.html>>; DELCAS, «En Colombie, les droits bafoués du fleuve Atrato», *Le Monde*, 20 de noviembre de 2022, <https://www.lemonde.fr/planete/article/2022/11/20/en-colombie-les-droits-bafoues-du-fleuve-atrato_6150741_3244.html>; «Chocó requiere paz y reconciliación para proteger su explosión de biodiversidad», *Agencia de noticias de la Universidad Nacional de Colombia*, 18 de septiembre de 2024, <<https://agenciadenoticias.unal.edu.co/detalle/choco-requiere-paz-y-reconciliacion-para-protger-su-explosion-de-biodiversidad>>. En referencia al caso neozelandés se señala como positivo el que se ha conseguido la mayor implicación de las comunidades locales (*vid.* BACHMANN FUENTES/NAVARRO CARO, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 372, 2024, pág. 148), aunque para ello no era estrictamente necesaria la personificación.

¹¹² «A priori, en el caso de los animales o de los espacios naturales como es el caso del Mar Menor, el reconocimiento de personalidad jurídica no aporta *per se* un avance cualitativo a su protección, pues lo importante es que esta tutela jurídica, establecida por los seres humanos y a ellos dirigida, se lleve a cabo de forma eficaz, siendo indiferente en este sentido que se arbitre utilizando las técnicas jurídicas existentes o por medio del reconocimiento —ético más que jurídico— de ciertos derechos. En efecto, por mucho que se le reconozcan “derechos” a una laguna, en sentido técnico no existen derechos que puedan ser ejercidos directa o indirectamente por el ecosistema», LOZANO CUTANDA, *GA_P*, 18 de octubre de 2022.

¹¹³ García-Escudero alerta de que la valoración *ex post* de las normas no es una técnica asentada en nuestro ordenamiento en GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, «La preocupación por la calidad de las leyes», *Revista de asuntos constitucionales*, núm. 2, 2022, pág. 148. «Hoy parece existir un consenso casi unánime en subrayar que no sólo es importante lo que dicen las leyes sino lo que consiguen, que es necesario conocer si el comportamiento de sus destinatarios se acomoda o no a sus previsiones, cuáles son sus consecuencias y efectos, y cuál es el coste de consecución de sus objetivos», DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, «Evaluación de un lustro de evaluación *ex post* de las normas», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 115, 2023, pág. 199.

En el caso del Mar Menor ciertamente ha pasado mucho menos tiempo para poder evaluar su eficacia. Además, se argumenta que con la tardía aprobación del reglamento que la desarrolla, no se ha podido aplicar adecuadamente. No obstante, aun teniendo esto en mente, lo cierto es que hasta la fecha no se puede afirmar que haya habido ninguna mejora sustancial. De hecho, y ello resulta más preocupante, hasta el momento lo único con lo que contamos son pruebas de lo contrario, ya que la personificación de la laguna (y su intrincado sistema de representación) supuso que la Audiencia Provincial de Murcia dictara un auto revocando la personación de algunas ONG y ayuntamientos ribereños que se presentaron como perjudicados en representación del Mar Menor¹¹⁴. Ante este auto, contra el que no cabía recurso ordinario alguno, una de las asociaciones personadas (Alianza Mar Menor) recurrió ante el Tribunal Supremo quien lo inadmitió y, posteriormente, presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, quien tampoco lo admitió. Por último, a finales de 2024 esta asociación presentó una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para solicitar amparo por esta situación y todavía está pendiente de ser analizada¹¹⁵.

En conclusión, desde un punto de vista procesal no parece que la personificación haya sido un paso adelante. En el ámbito privado tampoco se entiende bien qué se ha podido lograr, más allá de estar a la espera de cómo se gestionará su reciente patrimonio. Y lo mismo se puede decir en cuanto a su protección por el derecho administrativo¹¹⁶. Como ya destacamos, para esta rama del derecho la personificación no ha sido tradicionalmente un elemento que suponga necesariamente unas características o derechos concretos¹¹⁷, ni mucho menos una mayor protección. Una de las formas más fuertes de lograrla es ser bien de dominio público¹¹⁸, que el Mar Menor ya lo es, o que se aplique alguno de los regímenes de protección medioambiental previstos en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad¹¹⁹ o

¹¹⁴ Auto Audiencia Provincial de Murcia, sección de Cartagena, 52/2024, de 6 de febrero. Aquí se puede leer la nota que publicó el servicio de prensa de poder judicial: «La Audiencia de Murcia revoca la personación de las ONG y ayuntamientos ribereños como perjudicados del ‘caso Topillo’ en representación del Mar Menor», 7 de febrero de 2024, <<https://www.poderjudicial.es/cgpi/en/Judiciary/Novelties/La-Audiencia-de-Murcia-revoca-la-personacion-de-las-ONG-y-ayuntamientos-riberenos-como-perjudicados-del-caso-Topillo-en-representacion-del-Mar-Menor>>. Hubo conflicto a la hora de interpretar si la personificación del Mar Menor suponía que podía actuar como acusación particular, por considerarse el ofendido, o como acusación popular.

¹¹⁵ Al respecto se puede leer: RODA, «Una asociación en defensa del Mar Menor pide amparo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *RRnews*, 23 de febrero de 2025, <<https://rrnews.es/2025/02/una-asociacion-en-defensa-del-mar-menor-pide-amparo-al-tribunal-europeo-de-derechos-humanos.html>>; MOLINA, «La asociación Amarme lleva al Tribunal Europeo de Derechos Humanos la defensa del Mar Menor», *Murcia plaza*, 15 de diciembre de 2024, <<https://muriaplaza.com/muriaplaza/la-asociacion-amar-me-lleva-al-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-la-defensa-del-mar-menor>>. En esta última publicación se recogen las declaraciones de un representante de la asociación que afirmó que: «No entendemos que se pronuncie en contra. Los jueces no están para derogar leyes. Es algo anómalo. [...] El artículo 6 (de la LMM) es clarísimo e innovador. No existía algo así. Se le da un derecho a la ciudadanía que no tiene a nivel europeo».

¹¹⁶ SORO MATEO/ÁLVAREZ CARREÑO, «Derechos de la naturaleza y Constitución, a propósito del caso de la laguna del Mar Menor», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 39, 2024, pág. 73.

¹¹⁷ Con independencia de nuestra opinión personal al respecto, ya destacamos que, por ejemplo, en el caso de los fondos públicos el hecho de contar o no con personalidad jurídica no era relevante para la norma administrativista.

¹¹⁸ «[...] el dominio público, máximo exponente de la propiedad pública, se encuentra hoy en entredicho a consecuencia del imparable proceso privatizador y desregulador [...]. En la doctrina francesa, AUBY vincula este fenómeno con el proceso de “banalización” del Derecho administrativo, uno de cuyos síntomas es la sumisión de las Administraciones públicas a reglas inspiradas en las relaciones jurídicas privadas», MOREU CARBONELL, «Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos», *Revista de Administración Pública*, núm. 161, 2003, pág. 446. Catalogándolo como «una de las más efectivas técnicas de protección» GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS, «La personalidad jurídica de los entes naturales: ¿un cambio de paradigma?», *Legebiltzarreko Aldizkaria – Revista del Parlamento vasco*, núm. 4, 2023, pág. 15.

¹¹⁹ Según esta norma los espacios naturales protegidos, terrestres y marinos, se clasifican en alguna de estas categorías según los elementos y los objetivos: parques, reservas naturales, área marina protegida, monumento

de la normativa autonómica correspondiente, según el caso. La difícil situación de este espacio natural parece más bien un problema de voluntad de aplicar las normas ya existentes o de poca coordinación entre ellas. Si el objetivo final era crear un nuevo órgano que pudiera gestionar la protección de la zona y permitir la participación ciudadana se podría haber optado por un ente público de gestión participativa¹²⁰. El aumento de la burocracia no es nunca una buena solución de los problemas, pero quizás un organismo centrado únicamente en este objetivo hubiera encajado mejor en el ordenamiento jurídico consiguiendo el fin previsto. Por su parte, en 2021 se rechazó la posibilidad de declararlo parque natural y en 2022 la de declararlo parque regional¹²¹. El hecho de haber optado por una herramienta del derecho privado puede verse como una huida del derecho administrativo y una forma de diluir la responsabilidad de las administraciones públicas competentes de velar por la protección de esta zona geográfica y su biodiversidad.

A la luz de estos hechos, ¿cómo evaluar la eficacia de una disposición jurídica? Una realidad innegable es que este tipo de normas tan llamativas conllevan publicidad. Durante un tiempo la prensa y la ciudadanía le dedican su atención y, con algo de suerte, se genera algún tipo de interés por parte de los especialistas o los responsables de provocar los cambios que se necesiten. Sin embargo, contrariamente a lo que pudiera parecer en los últimos años, las normas no tienen como finalidad ser efectistas, atraer la atención o exclusivamente concienciar¹²². A pesar de ello, todo indica que esta afirmación no está tan aceptada como podría pensarse, ni siquiera entre los operadores del derecho¹²³:

«Los juristas tienden a menospreciar el efecto simbólico del derecho, porque están acostumbrados a ver lo jurídico como una maquinaria que debe ser manejada de forma experta. Eso hace que hayan desarrollado una cierta antipatía frente al lenguaje emotivo, los conceptos políticos y los hallazgos terminológicos creativos. Pero esta pulsión profesionalizante suele olvidar que el derecho, por encima de su dimensión técnica, es el vehículo en el que se plasman las aspiraciones de justicia de los pueblos. Dicho de otra manera: el derecho no es de los juristas, sino del pueblo. [...] Por supuesto que reconocer derechos a la naturaleza es una operación cultural y simbólica —entre otras cosas—

natural o paisaje protegido. El Mar Menor está protegido por 10 figuras de protección ambiental (en esta página oficial de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia se puede leer más información al respecto: <<https://canalmarmenor.carm.es/el-mar-menor/sobre-el-mar-menor/>>).

¹²⁰ SORO MATEO/ÁLVAREZ CARREÑO, *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 39, 2024, pág. 91.

¹²¹ Proposición no de Ley relativa a medidas para la creación del Parque Natural del Mar Menor (161/003065) (https://www.congreso.es/es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=161/003065); EFE, «El congreso rechaza una PNL para crear un parque natural en el Mar Menor», *Agencia EFE verde*, 28 de septiembre de 2021, <<https://efeverde.com/congreso-rechaza-pnl-parque-natural-mar-menor/>>.

En el segundo caso, FERRÁN, «La Asamblea rechaza el parque regional de Podemos», *La opinión de Murcia*, 21 de septiembre de 2022, <<https://www.laopiniondemurcia.es/comunidad/2022/09/21/asamblea-rechaza-parque-regional-mar-75710096.html>>.

¹²² Sobre este aspecto el voto particular a la sentencia analizada del Tribunal Constitucional es muy duro: «La sentencia de la que disintimos ha querido pasar por alto que la Ley 19/2022 presenta un contenido más simbólico que normativo, pues responde a uno de esos supuestos, lamentablemente cada vez más frecuentes entre nosotros, de textos legales en los que se produce un vaciamiento del contenido sustantivo propio de las leyes (al actuar el legislador como un poder omnímodo), posibilitando que estas puedan terminar acogiendo decisiones que no están inspiradas en criterios racionales de ordenación general, sino más bien de publicidad o propaganda política, apartado tercero.

¹²³ Como una razón de una frecuente mala técnica legislativa: «Que tales iniciativas legislativas tengan realmente un carácter innovador o —más aún— que tengan verdaderamente un contenido jurídico, son cuestiones menores que —a juicio de sus impulsores— merece la pena sacrificar en aras de la publicidad mediática», MEDINA GUERRERO, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 53, 2024, pág. 252.

pero eso es algo saludable, porque significa emplear el derecho con vocación transformadora y porque visibiliza la urgencia de proteger la naturaleza con todos los recursos a nuestro alcance»¹²⁴.

Lo legislado debiera ser útil y tendría que poder ser aplicado. Tener leyes racionales supone, así interpretado por Atienza, que la norma que se aprueba se inserta con coherencia en el sistema jurídico, que puede ser atendida por los sujetos a los que va dirigida y que su correcto cumplimiento supondrá conseguir los objetivos que supuestamente han llevado a su elaboración¹²⁵. Por lo tanto, una norma, que incluso quienes la promulgan consideran que su valor radica en su emotividad, no es racional y, por consiguiente, no debiera estar en el ordenamiento jurídico español.

5. ¿Podría personificarse la naturaleza de otra comunidad autónoma?

Más allá de nuestra afirmación general de que el otorgamiento de derechos a la naturaleza no es una respuesta jurídica adecuada al problema medioambiental, ni desde un punto de vista del fondo ni por sus escasos efectos prácticos, nos planteamos qué sucedería si, en este contexto, otra comunidad autónoma estuviera interesada en que algún elemento natural de su territorio se personificara.

Para ello analizaremos algunas hipótesis sobre lo que sucedería en el caso de las Islas Canarias, como ejemplo extrapolable al resto de comunidades, con las particularidades en cada caso de lo señalado en sus estatutos de autonomía. Cualquiera en España que conozca la particular situación de Canarias puede llegar a la conclusión de que nuestro archipiélago sería uno de los más propicios para ser el siguiente en el que se plantee la posibilidad de otorgarle derechos a la naturaleza¹²⁶. En este caso no se trataría de un río o una laguna, por motivos evidentes, ni tampoco hay una crisis medioambiental concreta y específica en la que se centre la atención¹²⁷,

¹²⁴ LLOREDO ALIX, «¿Qué son los derechos de la naturaleza y por qué los necesitamos?», *El Salto*, 22 de noviembre de 2023, <<https://www.elsaltodiario.com/medioambiente/derechos-naturaleza-necesitamos>>.

¹²⁵ ATIENZA RODRÍGUEZ, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, *passim*. Aunque como introducción págs. 27 ss. Los defensores de esta corriente afirman que este objetivo se conseguiría en cuanto a que personificarlo lleva automáticamente a considerarlo un elemento con valor intrínseco, KOWALSKA, «Natural law and the rights of nature – in search of more effective environmental protection», *Adam mickiewicz University Law Review*, núm. 15, 2023, pág. 280 o AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, *Actualidad jurídica ambiental*, núm. 138, 2023, pág. 55 («[...] expresado en términos prosopéyicos dejan de ser “algo” para convertirse en “alguien”»).

¹²⁶ En 2023 el grupo parlamentario Unidas-Podemos-En Comú Podem- Galicia en Común presentó una proposición de Ley para el reconocimiento de personalidad jurídica de Doñana y su entorno de protección (BOCCGG, núm. 322-i, de 12 de mayo de 2023, XIV Legislatura). La proposición era prácticamente igual a la LMM, salvo por algunos cambios: se establecía expresamente la naturaleza privada, por ejemplo. Sin embargo, no había ningún artículo sobre sus órganos de representación. En el Parlamento de Andalucía el grupo parlamentario Por Andalucía presentó el 30 de octubre de 2023 una proposición de ley para ser tramitada ante la Mesa del Congreso de los Diputados con el mismo objetivo, con la misma redacción que la anterior (Expediente: 12-23/PPPL-000001). Esta proposición se rechazó por la Mesa del Parlamento de Andalucía tomando en consideración el criterio contrario del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía. Entre los argumentos de este destaca que no se lograría mayor protección que su ya consideración como Parque Nacional. En lo que aquí nos atañe, en ningún caso se propuso que se tramitara como norma autonómica.

¹²⁷ No se pretende con esto afirmar que no haya ningún problema medioambiental en las islas, ni mucho menos. Pero ahora mismo no hay uno concreto y específico como el Mar Menor. Quizás en Tenerife podríamos destacar todo el conflicto relacionado con Cuna del Alma, un proyecto turístico en el sur de Tenerife que ha sido el protagonista de un largo conflicto político y judicial porque se considera, entre otras cuestiones, que podría poner en riesgo el ecosistema (*vid.* por ejemplo, FERRERA, «Adeje autoriza las obras del polémico proyecto turístico Cuna del Alma», *El diario*, 19 de septiembre de 2024, <https://www.eldiario.es/canariasahora/sociedad/adeje-autoriza-obras-polemico-proyecto-turistico-cuna-alma_1_11667465.html>; o «Ecologistas en Acción rechaza la construcción de Cuna del Alma», *Radio televisión canaria*, 23 de septiembre de 2024, <<https://rtvc.es/ecologistas-en-accion-rechaza-la-construccion-de-cuna-del-alma/>>).

pero la biodiversidad única del territorio y la creciente preocupación por el sobreuso de los recursos y la masificación turística, nos convierten en un foco para esta propuesta. Además, al contrario de lo que sucede con el Mar Menor, en Canarias sí existe una tradición cultural propia que, aunque en ningún caso de actualidad, relacionó en el pasado determinados elementos de la naturaleza con deidades y fuerzas sobrenaturales.

A continuación establecemos dos grupos de obstáculos que encontrarían las comunidades autónomas que quisieran tomar la iniciativa.

5.1 Primer problema: ¿qué es la naturaleza?

La primera pregunta es quizás la más básica pero la más difícil de responder: ¿qué es la *naturaleza*? Tal y como ya comentamos, dentro de los defensores de los derechos de la naturaleza, hay varias corrientes diferenciadas entre las que encontramos dos grandes modelos: aquellos que consideran que se debería personificar al medioambiente en su conjunto y aquellos que se centran en la consideración de sujetos o elementos particulares concretos (generalmente considerando únicamente a los vivos). En los ordenamientos jurídicos del mundo tenemos ejemplos de protección general como el artículo 71 de la Constitución de Ecuador¹²⁸ o la Ley de Derechos de la Madre Tierra en Bolivia, pero sobre todo ejemplos de protección de elementos concretos. Como ya destacamos, los ríos y masas de agua han sido los grandes protagonistas, lo que supone una mezcla entre las dos ideas: se personifica un elemento concreto, pero en el que se engloban muchos organismos. En el caso de la Ley del Mar Menor el artículo 1 le otorga personalidad jurídica a «la laguna del Mar Menor y su cuenca» y especifica qué debe entenderse por cuenca¹²⁹.

En el caso de Canarias, incluso aunque excluyéramos de esta personificación a la fauna, el archipiélago cuenta con más de 500 especies de flora endémica¹³⁰, lo que justifica, entre otras cosas, que un espacio geográfico tan reducido cuente con cuatro parques naturales y siete reservas de la biosfera. ¿Qué considerar digno de protección? ¿Se tendría que hacer un catálogo para determinar qué especies son susceptibles de una protección reforzada? ¿Es acaso posible que una ley identifique como sujeto de derecho a un *conjunto* de elementos susceptibles de ir cambiando?

Otra alternativa sería la identificación de elementos particulares identificativos como podrían ser el árbol Garoé en El Hierro¹³¹ o entornos concretos, pero que abarquen diferentes elementos (de

¹²⁸ «La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos».

¹²⁹ Artículo 1 LMM: «[...] a) La unidad biogeográfica constituida por un gran plano inclinado de 1.600 km² con dirección noroeste-sureste, limitado al norte y noroeste por las últimas estribaciones orientales de las cordilleras Béticas constituidas por las sierras pre-litorales (*sic*) (Carrasco y, Cabezos del Pericón y Sierra de los Victorias, El Puerto, Los Villares, Columbares y Escalona), y al sur y suroeste por sierras litorales (El Algarrobo, Sierra de la Muela, Pelayo, Gorda, Sierra de La Fausilla y la sierra minera de Cartagena-La Unión, con sus últimas estribaciones en el cabo de Palos), e incluyendo la cuenca hídrica y sus redes de drenaje (ramblas, cauces, humedales, criptohumedales, etc.). b) El conjunto de los acuíferos (Cuaternario, Plioceno, Messiniense y Tortonense) que pueden afectar a la estabilidad ecológica de la laguna costera, incluyendo la intrusión de agua marina mediterránea». Esto entra en conflicto con la definición que se hace en la exposición de motivos de la propia norma, pero prima la del artículo 1. Probablemente esta incoherencia se debe a que no había delimitación territorial en la versión inicial y se añadió tras la tramitación parlamentaria.

¹³⁰ Datos consultados en el Banco de datos de Biodiversidad de Canarias (BIOTA) del Gobierno de Canarias: <<https://www.biodiversidadcanarias.es/biota/estadisticas?se=0&m=0>> (fecha de la última consulta: 4 de abril de 2025).

¹³¹ Página web de la página oficial de turismo de Canarias: «Árbol Garoé», <<https://www.holaislascanarias.com/museos-y-visitas-de-interes/el-hierro/arb-ol-garoe/>>.

manera semejante al Mar Menor), como podría ser el Parque Nacional del Teide¹³² o las dunas de Maspalomas¹³³. Una ventaja de esta segunda opción es que es mucho más fácil identificar el *sujeto*, sus posibles representantes y, en general, más acorde con lo que se considera una persona jurídica en nuestro ordenamiento. Una gran dificultad, por el contrario, vuelve a ser determinar qué entornos sí y cuáles no. En un territorio tan fragmentado y enormemente diverso a pesar de su poca extensión, los candidatos para ser seleccionados como *merecedores* de esa mayor protección serían inabarcables. Debemos destacar, en ese sentido, que dentro del amplio margen de discrecionalidad con el que cuenta el legislador para decidir qué elementos debieran contar con esta mayor *protección*, hay que tener en cuenta que las decisiones que se tomen tienen que estar mínimamente fundamentadas y que no será racional otorgar un *mayor estatus* a un monumento natural menos en peligro o de menor relevancia ecológica frente a otros¹³⁴.

5.2 Segundo problema: conflicto de competencias

Otra de las cuestiones centrales en este caso sería dilucidar quién ostenta la competencia para legislar a este respecto, lo que no resulta evidente puesto que la diferenciación entre lo que se considera legislación básica o no es una de las cuestiones constitucionales más debatidas¹³⁵.

Uno de los argumentos del recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley del Mar Menor fue entender que el legislador nacional se había inmiscuido en las competencias autonómicas. En el recurso se argumentaba que la LMM sobrepasaba la competencia estatal del artículo 149.1.23 de la Constitución Española relativa a la legislación básica sobre protección del medioambiente y vulneraba el Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, que en su artículo 11.3 materializa la posibilidad que le ofrece el artículo 148.1.9 de la Constitución para asumir la parte que le corresponde en esta materia¹³⁶.

Sin embargo, la sentencia considera que, también en este punto, la ley cumple con la legalidad constitucional, pues la posibilidad de establecer legislación básica permite dar cobertura a normativa que no sea «exactamente uniforme e igual para todas las áreas geográficas del territorio nacional [...] cuando se ejerce sobre una materia en la que existan particularidades subsectoriales y espaciales»¹³⁷. Se fundamenta para ello en casos anteriores que tenían relación con la regulación de los parques nacionales y la creación de un listado nacional de especies silvestres amenazadas que únicamente se encontraban en una comunidad autónoma (en concreto en Canarias, de hecho¹³⁸). Por el contrario, con prácticamente el mismo argumento, pero interpretado a la inversa¹³⁹, el voto particular considera que los antecedentes que se usan como

¹³² Página web oficial del parque del Ministerio para la Transición Ecológica y el reto demográfico: «Parque Nacional del Teide», <<https://www.miteco.gob.es/es/parques-nacionales-oapn/red-parques-nacionales/parques-nacionales/teide.html>>.

¹³³ Aquí se puede leer información sobre el proyecto Masdunas que pretende revertir la degradación medioambiental que sufre la zona: <<https://masdunas.es/>>.

¹³⁴ De hecho, según Ayllón, una característica de los elementos naturales personificados es que «se trata de lugares icónicos», AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, *Actualidad jurídica ambiental*, núm. 138, 2023, pág. 58.

¹³⁵ «No hay construcción jurídica de conformación del Estado autonómico más cuestionada que la de la legislación básica», ARZOZ SANTISTEBAN, «¿Reforma o abandono de la legislación básica como técnica de delimitación de competencias?», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 23, 2016, pág. 202. *Ibidem*, págs. 221 ss. hablando de la gran conflictividad que esta materia suscita.

¹³⁶ Un análisis previo a la sentencia se puede leer en GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS, *Revista del Parlamento vasco*, núm. 4, 2023, págs. 28 ss.

¹³⁷ Fundamento jurídico 4 que es, a su vez, cita del fundamento jurídico 3 de la STC (Pleno) 99/2022, de 13 de julio (BOE núm. 195, de 15 de agosto de 2022).

¹³⁸ STC (Pleno) 146/2013, de 11 de julio (BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2013).

¹³⁹ En palabras de los magistrados del voto particular: «[...] esta misma doctrina en que se apoya la mayoría hubiera debido conducir a la estimación del motivo de vulneración competencial», apartado 2.

justificación no son análogos. La opinión discrepante considera que en los casos anteriores se sentenciaba que el Estado podía regular un «común denominador normativo o una ordenación mediante mínimos», pero no «la regulación del completo régimen jurídico relativo a esta figura de protección». Ciertamente esto entronca, además, con la caótica situación que genera la disposición derogatoria única LMM que en su vaguedad no deja claro a qué normas (estatales o autonómicas) afecta¹⁴⁰.

La lectura de la sentencia nos genera cierta confusión, ya que parece más convincente lo señalado por el voto particular, puesto que resulta algo contraintuitivo afirmar que una ley que regula la protección de un espacio geográfico muy concreto¹⁴¹ y su completo régimen jurídico pueda ser considerado básico¹⁴². Sin embargo, excede con mucho de los objetivos del presente trabajo profundizar en una materia que ha sido tan discutida por parte de administrativistas y constitucionalistas¹⁴³. Nuestro propósito es poner de manifiesto que este es uno más de los muchos problemas que ha dado lugar la personificación del Mar Menor.

En todo caso, siendo esta la decisión del Tribunal, queda claro que es constitucional que el legislador personifique otros elementos de la naturaleza, incluso aunque solo afecten al territorio geográfico de una comunidad autónoma. Pero se presenta la duda de si esto es compatible con que otra comunidad tomase la iniciativa y decidiera legislar de manera análoga para la naturaleza de su territorio. ¿Podría Canarias legislar al respecto? El Estatuto de Autonomía de Canarias (EAC)¹⁴⁴ establece en su artículo 153 que le corresponde a esta comunidad «[...] la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución de la legislación estatal en materia de medio ambiente [...] la competencia para el establecimiento de normas adicionales de protección sobre las materias consideradas como básicas por la legislación estatal»¹⁴⁵. Por lo tanto, en este caso

¹⁴⁰ «Se derogan todas las disposiciones contrarias a las disposiciones recogidas en esta ley», disposición derogatoria única LMM.

García-Escudero señala que este tipo de disposición son «los defectos quizás más relevantes» en la técnica legislativa del legislador que provocan mayor inseguridad jurídica (GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, *Revista de asuntos constitucionales*, núm. 2, 2022, pág. 153). Esta disposición contraviene las directrices de técnica normativa aprobadas por el Consejo de Ministros (vid. SORO MATEO/ÁLVAREZ CARREÑO, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 39, 2024, pág. 86).

¹⁴¹ Si bien, como decíamos, se ha considerado que no es necesario que la norma básica tenga vocación de regulación uniforme en todo el territorio ni que afecte a un territorio supraautonómico. Por ejemplo la STC (Pleno) 18/2011, de 3 de marzo (BOE núm. 75, de 29 de marzo de 2011) consideró constitucional la norma que regulaba el sistema eléctrico de Canarias, a pesar de que, por las condiciones físicas, estaba aislado del resto y delimitado geográficamente. Según Arzo Santisteban en estos casos prima la «finalidad a la que sirve la adopción de esas normas» y si esta es general (cfr. ARZO SANTISTEBAN, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 23, 2016, pág. 217), como sería en nuestro caso la protección del medioambiente.

¹⁴² «(Lo básico) no es realmente una categoría general y apriorística, sino un concepto jurídico indeterminado, que debe determinarse caso a caso de acuerdo con ciertas pautas de forma simultánea a la regulación de una materia [...] las bases no deben ser reglamentistas o alcanzar un excesivo detalle que impida, menoscabe o vacíe la intervención normativa de las CCAA. Pero han existido numerosas excepciones a esta idea en la práctica, y, en muchas ocasiones, se ha admitido su constitucionalidad por el TC, así las bases han llegado a incorporar potestades de ejecución cuando sea preciso para preservar el interés general», GARCÍA ROCA, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Civitas-Aranzadi, Navarra, 2023, lección 36, apartado 4.

¹⁴³ ARZO SANTISTEBAN, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 23, 2016, pág. 203. GARCÍA ROCA, *Lecciones de Derecho Constitucional*, lección 36, apartado 4.

¹⁴⁴ Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias.

¹⁴⁵ Se especifica que eso incluye: «a) El establecimiento y la regulación de los instrumentos de planificación ambiental y del procedimiento de tramitación y aprobación de estos instrumentos» y «d) La regulación de los recursos naturales, de la flora y la fauna, de la biodiversidad, del medio ambiente marino y acuático si no tienen por finalidad la preservación de los recursos pesqueros marítimos», art. 153.1 EAC.

también se cumple el primer requisito de haber asumido, además de una manera muy amplia, la previsión del artículo 148.1.9 CE.

Del estudio de la interpretación dada en este tipo de conflictos no parece que pueda afirmarse con certeza que el haber declarado constitucional la Ley del Mar Menor implique necesariamente que la iniciativa en esta materia quede vedada a las demás comunidades autónomas. Es decir, no se puede afirmar con rotundidad que, porque se haya concebido en el marco de la legislación básica, esta materia ya esté restringida para las comunidades autónomas:

«Se ha propuesto que una vez definido lo básico en la regulación de una materia, debiera dotarse de cierta estabilidad y actuar como una lógica limitación de la misma regulación estatal, encaminada a negociar lo básico con sus destinatarios. Pero no es sencillo y no pasa de ser una recomendación de política legislativa y no una norma del deslinde competencial»¹⁴⁶.

Eso sí, se establecen en este aspecto algunas normas que deben necesariamente cumplirse para hacer compatible la doble regulación: que la norma autonómica no contradiga lo ya establecido por la norma estatal y la posibilidad de que la norma autonómica amplíe la protección de la norma estatal, sin que eso se pueda entender como contradicción¹⁴⁷. En nuestro caso concreto no sabemos qué aspectos podrían considerarse básicos para replicarlos, en su caso, en una norma autonómica. ¿El haber escogido a un elemento concreto en vez de a toda la naturaleza en su conjunto? ¿El catálogo de derechos? O, por el contrario, ¿se podría entender que ampliar los derechos reconocidos es una mejora en la protección del medioambiente?

Por su parte nos sorprende que en ningún caso se haya hecho referencia a otro enfoque relativo a los problemas de competencia¹⁴⁸. Este asunto se ha tratado como si lo que hubiera hecho el legislador estatal fuera regular cualquier otro mecanismo de protección del medioambiente similar a los ya existentes; como si hubiera creado una suerte de parque natural *reforzado* y que, por tanto, lo elemental estuviera en la competencia sobre protección del medio natural. Pareciera que se pierde de vista que en este caso lo que ha hecho la norma es crear una nueva persona para el derecho que, recordemos, no podemos siquiera tener claro si se puede subsumir en alguna de las categorías ya existentes o si es una tipología totalmente nueva¹⁴⁹. En nuestra opinión, esta norma únicamente podía haber sido estatal pues se incluye dentro de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil (art. 149.1.8 CE)¹⁵⁰. No parece en ningún caso razonable que fuera posible que una comunidad autónoma crease nuevos tipos de entes personificados de manera regional¹⁵¹.

Tenemos que recordar que, tal y como destaca en numerosas ocasiones el Real Decreto 90/2025, en este caso no se ha creado una persona jurídica del ámbito público cuyo objetivo sea permitir una mejor organización de la Administración de la comunidad autónoma¹⁵², caso que ya ha sido

¹⁴⁶ GARCÍA ROCA, *Lecciones de Derecho Constitucional*, lección 36, apartado 4.

¹⁴⁷ STC (Pleno) 170/1989, de 19 de octubre (BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 1989), FJ 2.

¹⁴⁸ En la sentencia al respecto el Tribunal Constitucional señala que pronunciarse sobre la constitucionalidad en lo referente a la legislación básica en materia de medio ambiente no supone pronunciarse sobre «[...] otros aspectos competenciales no suscitados en el recurso de inconstitucionalidad», FJ 4.

¹⁴⁹ SORO MATEO/ÁLVAREZ CARREÑO, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 39, 2024, pág. 89.

¹⁵⁰ A favor de esta interpretación, AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, *Actualidad jurídica ambiental*, núm. 138, 2023, pág. 43.

¹⁵¹ «Cuando se concede al Estado la competencia para aprobar toda la legislación en una materia, y no sólo la legislación básica o los principios generales de una regulación, la Constitución sujeta más intensamente la dimensión unitaria de una normativa en todo el Estado y se asegura de la misma», GARCÍA ROCA, *Lecciones de Derecho Constitucional*, lección 36, apartado 3.

¹⁵² Así se reconoció, por ejemplo, en la STC (Pleno) 9294/1999, de 6 de abril (BOE núm. 100, de 27 de abril de 1999), fundamento jurídico tercero: «Respecto de la competencia relativa a la libre organización de la propia

admitido si así lo prevé el estatuto de autonomía en cuestión. En este supuesto se trata de una gran innovación legislativa mediante la que se ha considerado que en el ordenamiento jurídico español pudiera otorgársele personalidad jurídica a una realidad diferente a las ya existentes¹⁵³. Esto, sin duda, tiene que ser entendido como modificación de la legislación civil. Incluso se puede añadir que también se aplica al artículo 149.1.6 CE en cuanto también afecta a la legislación procesal (artículo 6 LMM)¹⁵⁴ y, quizás, a la legislación mercantil (al no saber exactamente cuál es su naturaleza jurídica no podemos afirmarlo con seguridad).

Cuestión distinta a esto que argumentamos es si lo óptimo, puestos a aceptar la personificación de la naturaleza, hubiera sido que se legislara de manera general creando una nueva categoría de personas *ecológicas* o determinando alguna modificación de las entidades ya existentes para que se incluyeran los recursos naturales. De esta forma se podría haber establecido un régimen jurídico básico claro, en el que no hubiera dudas sobre qué normas son las aplicables a estos entes. A continuación, aquellas comunidades autónomas que estuvieran amparadas por su estatuto de autonomía y que tuvieran interés en personificar algún elemento de su territorio geográfico aplicarían esta nueva norma.

Eso sí, tanto en lo que respecta a la posibilidad de establecer nuevas normas de protección de la naturaleza como acudir al mecanismo de la personificación, un elemento esencial es la titularidad del bien sobre el que se pretenda actuar. En ese sentido, por ejemplo, puesto que toda la zona marítimo-terrestre y las playas tiene naturaleza de bien de dominio público estatal (art. 132.2 CE) no resultaría posible que una norma autonómica modificara el régimen aplicable de algún elemento que estuviera en ese entorno¹⁵⁵. Aunque el Tribunal Constitucional ha señalado que «la condición de dominio público no es un criterio utilizado para delimitar competencias ni tampoco sirve para aislar una porción de territorio [...] como una zona exenta de las competencias de los diversos entes públicos»¹⁵⁶, también ha afirmado que en, ese complejo entramado de competencias, «es facultad del legislador estatal definir el dominio público estatal [...] y establecer el régimen jurídico de todos los bienes que lo integran»¹⁵⁷. Así pues, no parece que sea coherente que una comunidad autónoma pudiera personificar un elemento que no es de su propiedad¹⁵⁸.

Administración autonómica, [...] debe advertirse que esta competencia, que efectivamente ha sido reconocida por este Tribunal en diversas ocasiones como algo inherente a la autonomía (STC 227/1988, fundamento jurídico 24), en tanto que competencia exclusiva tiene como único contenido la potestad para crear, modificar y suprimir los órganos, unidades administrativas o entidades que configuran las respectivas Administraciones autonómicas o dependen de ellas (SSTC 35/1982, 165/1986, 13/1988 y 227/1988). Hemos declarado que «conformar libremente la estructura orgánica de su aparato administrativo» (STC 165/1986, fundamento jurídico 6.º), establecer cuáles son «los órganos e instituciones» que configuran las respectivas Administraciones (STC 35/1982, fundamento jurídico 2.º), son decisiones que corresponden únicamente a las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, el Estado debe abstenerse de cualquier intervención en este ámbito (STC 227/1988 y *a sensu contrario* STC 13/1988).

¹⁵³ «En nuestros sistemas de derecho estatal, es sólo el Estado, él mismo personificado, el que concede y retira la personalidad», BIOY, «La personalidad jurídica atribuida a la naturaleza, a propósito del Mar Menor», en González Navarro, (dir.), *Derecho, justicia y sostenibilidad ambiental*, Aranzadi, Madrid, 2024, pág. 75.

¹⁵⁴ SORO MATEO/ÁLVAREZ CARREÑO, *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 39, 2024, pág. 76.

¹⁵⁵ Más allá de las cuestiones relativas a la competencia sobre la gestión (*vid.* EGUINO DE SAN ROMÁN, «La gestión del dominio público marítimo-terrestre tras las SSTC 31/2010 y 18/2022», *Revista de Administración Pública*, núm. 222, 2023, págs. 181 ss.

¹⁵⁶ STC (Pleno) 103/1989, de 8 de junio, (BOE núm. 158, de 4 de julio de 1989), FJ 6.

¹⁵⁷ STC (Pleno) 68/2024, de 23 de abril (BOE núm. 131 de 30 de mayo de 2024), FJ 5.

¹⁵⁸ Un caso análogo puede ser el de la STS 1183/2016, Contencioso-administrativo, de 25 de mayo (ECLI: ES:TS:2016:2408). El Cabildo de Tenerife quiso declarar Bien de Interés Cultural a un conjunto de elementos que estaban en una zona de playa y sus alrededores. La Autoridad Portuaria de Tenerife solicitó la anulación de esa declaración por entender que esa decisión vulneraba las competencias estatales. El Tribunal Supremo le dio la

En cualquier caso, aunque fuera limitado a unos elementos concretos, nos resulta muy difícil que se pueda argumentar que una comunidad autónoma pueda crear individualmente nuevos entes personificados, por muy amplia que sea la competencia que se deriva de su estatuto de autonomía¹⁵⁹.

6. Conclusiones

«Los científicos o técnicos sociales tienden a considerar la racionalidad jurídico-formal no como un medio más, sino antes bien como un obstáculo para la racionalidad teleológica»¹⁶⁰.

A lo largo de este trabajo hemos examinado críticamente la propuesta de personificación de la naturaleza desde una perspectiva jurídica, centrándonos tanto en los fundamentos teóricos como en su aplicación práctica. Aunque reconocemos que la crisis medioambiental requiere nuevas formas de protección, defendemos que el reconocimiento de personalidad jurídica a elementos naturales no es, en términos estrictamente jurídicos, una respuesta adecuada ni necesaria.

Hemos sostenido que la personalidad jurídica no es un concepto vacío susceptible de adaptarse libremente, sino que posee un contenido mínimo indisociable de ciertos atributos esenciales, como la capacidad para actuar en el tráfico jurídico y la titularidad de un patrimonio propio. El uso de esta técnica para referirse a entes naturales que no cumplen esas condiciones genera una distorsión conceptual que compromete la claridad del sistema jurídico.

En el análisis del caso del Mar Menor se ha puesto de relieve que, más allá de la notoriedad política y simbólica que ha generado la norma, su eficacia material resulta discutible. La ausencia de una definición clara sobre la naturaleza jurídica del nuevo ente, los conflictos interpretativos sobre la representación procesal y las dudas sobre la compatibilidad de su régimen con las categorías jurídicas existentes son solo algunos ejemplos de los problemas que ha generado esta regulación. El desarrollo reglamentario ha aportado algo más de concreción, pero no ha resuelto los principales interrogantes. En particular, la atribución de derechos económicos y obligaciones sin una base legal clara en el ámbito civil o mercantil supone una debilidad de importancia para una innovación jurídica de tal relevancia.

Asimismo, hemos subrayado que la eficacia de estas fórmulas no puede medirse únicamente por su valor simbólico o por el efecto movilizador que puedan tener sobre la opinión pública. Una norma que tiene como principal función servir de escaparate no es una buena legislación. El derecho no puede convertirse en una herramienta de agitación emocional si eso implica sacrificar la coherencia dogmática. Como ha señalado parte de la doctrina, legislar con finalidad transformadora no exonera del cumplimiento de los mínimos exigibles de racionalidad legislativa y previsibilidad jurídica¹⁶¹. De hecho, podemos llegar a la conclusión de que este tipo de normas

razón a la Autoridad Portuaria (igual que ya había hecho el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, ECLI:ES:TSJICAN:2014:1003) al entender que, si bien el Cabildo es una administración competente para la protección de elementos mediante su declaración de BIC no podía hacerlo afectando a bienes adscritos a la propiedad del Estado.

¹⁵⁹ Nos planteamos, aunque de manera muy poco convencida, si se podría llegar a interpretar que, una vez admitida por el legislador nacional la técnica de la personificación de los elementos naturales, esto es suficiente para que las comunidades autónomas puedan replicarlo.

¹⁶⁰ ATIENZA RODRÍGUEZ, «Contribución para una teoría de la legislación», *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, núm. 6, 1989, pág. 391.

¹⁶¹ «[...] la técnica legislativa no sólo debe ocuparse de los aspectos formales de las leyes (lenguaje, estructura, sistemática), sino también de que éstas cumplan los objetivos perseguidos con su aprobación, es decir, que la regulación sea materialmente adecuada», DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 115,

poco claras y que no alcanzan en absoluto sus objetivos previstos no solo son reprobables por ineficientes, sino que pueden ser activamente perjudiciales para la finalidad perseguida¹⁶². Una norma tan llamativa puede dar la sensación a los ciudadanos de que se ha avanzado en solucionar el problema y que eso suponga posponer el debate de otras medidas realmente eficaces o el desvío de recursos desde estas.

En lo que respecta al posible traslado de este modelo a otras comunidades autónomas, hemos identificado obstáculos significativos, tanto conceptuales como competenciales. La dificultad de delimitar qué elementos naturales serían personificados y los problemas derivados de la competencia estatal en materia de legislación civil y procesal, hacen poco plausible que una comunidad autónoma, incluso con un Estatuto de Autonomía muy amplio como el canario, pueda adoptar válidamente una norma similar. En nuestra opinión, la creación de nuevos entes personificados no puede entenderse como una cuestión medioambiental en sentido estricto, sino como una modificación del régimen general de la personalidad jurídica, lo que la sitúa inequívocamente en el ámbito competencial del Estado. Asimismo, el uso de esta técnica jurídica por parte de una comunidad autónoma estaría limitada, en cualquier caso, a los recursos naturales que no fueran dominio público estatal.

Por todo lo anterior, concluimos que el otorgamiento de personalidad jurídica a la naturaleza no solo resulta innecesario desde un punto de vista técnico, sino que puede provocar importantes problemas jurídicos sin que existan evidencias sólidas de que mejore la protección ambiental. Las fórmulas simbólicas no deben sustituir al desarrollo serio y riguroso de mecanismos jurídicos eficaces.

2023, pág. 201. *Vid.* también al respecto GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, *Manual de técnica legislativa*, Cizur Menor – Civitas, 2011, pág. 73.

¹⁶² En este punto merece la pena volver a traer a colación que solo un año antes de la aprobación de la LMM se rechazó la posibilidad de que se declarara parque natural el Mar Menor. La composición del Parlamento era la misma en los dos casos (XIV Legislatura) y, a pesar de ello, no se consiguió la mayoría para aprobar una forma de protección ya consolidada en nuestro ordenamiento jurídico, pero sí para innovar con una figura de la que no había seguridad en su eficacia.

El representante del Grupo Parlamentario del PP dijo en la Comisión de Transición Ecológica y Reto Demográfico del 28 de septiembre de 2021 que la declaración de parque natural se podía considerar una medida *distractoria* y que esta declaración suponía un «señuelo» para la ciudadanía, en vez de medidas útiles (se puede ver la intervención en: <<https://app.congreso.es/v1/14685597>>). En esa misma sesión, la representante del Grupo Parlamentario del PSOE señaló que no era una buena propuesta puesto que se inmiscuía en las competencias autonómicas, chocaba con los mecanismos de protección ya establecidos y consideraba que era una zona geográfica que no podía ser objeto de «oportunismo político» (se puede ver la intervención en: <<https://app.congreso.es/v1/14685599>>). Los dos grupos votaron en contra en 2021 (https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/CO/DSCD-14-CO-485.PDF#page=18).

Sin embargo, estos dos partidos votaron a favor de la LMM. Señalaron que era una medida necesaria para que España se situara a la vanguardia de la protección medioambiental y que esta propuesta era una herramienta útil para alcanzar la necesaria protección que merecía (aquí se pueden ver las intervenciones del 5 de abril de 2022 en la Sesión Plenaria del Congreso de los Diputados: <<https://app.congreso.es/v1/14701502>>). El porqué esta medida era mejor no se explicó ni se debatió. La Comisión de Transición Ecológica y Reto Demográfico indicó que los motivos por los que debía aprobarse esta ley eran la crisis ambiental de la zona y que «el mar (*sic*) Menor es uno de los principales elementos de identificación cultural de la Región de Murcia, y despierta en todos los murcianos un fuerte apego emocional». La única referencia a argumentos a favor de esta técnica fue acoger la visión ecocéntrica para «ampliar la categoría de sujeto de derecho a las entidades naturales, con base en las evidencias aportadas por las ciencias de la vida y del sistema tierra», sin ofrecer ninguna de esas evidencias ni considerar que era relevante el análisis desde el punto de vista jurídico (*vid.* <www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-208-7.PDF>).

En nuestra opinión, como decíamos, este es el ejemplo claro de que la aprobación de normas de eficacia, cuanto menos, dudosas, pueden no ser inocuas, sino suponer un problema en cuando desvíen de la atención al rechazar otras medidas realmente útiles y contrastadas.

7. Bibliografía

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, *La persona jurídica*, Comares, Granada, 2023.

ÁLVAREZ, Clemente, «El primer juicio en el que el mar (sic) Menor se persona como acusación particular está previsto para mayo de 2026», *El País*, 14 de febrero de 2025, <<https://elpais.com/clima-y-medio-ambiente/2025-02-14/el-primer-juicio-en-el-que-el-mar-menor-se-persona-como-acusacion-particular-esta-previsto-para-mayo-de-2026.html>>.

ÁLVAREZ-NAKAGAWA, Alexis, «Law as a Magic Some Thoughts on Ghosts, Non-Humans, and Shamans», *German Law Journal*, vol. 18, núm. 5, 2017, págs. 1247 ss.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Sobre la personalidad jurídica en el derecho público*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1971.

ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier, «¿Reforma o abandono de la legislación básica como técnica de delimitación de competencias?», *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals*, núm. 23, 2016, págs. 201 ss.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, «Contribución para una teoría de la legislación», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, 1989, págs. 385 ss.

AX, Christine, «Rechte der Natur: Die Natur klagt ab sofort mit», *Netzwerk Rechte der Natur*, 8 de agosto de 2024, <https://www.2030agenda.de/sites/default/files/download/PM_080824_Natur-klagt-mit-historisches-Urteil.pdf>.

AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, Juan Manuel, «Sobre derechos de la naturaleza y otras prosopeyas jurídicas, a propósito de una persona llamada “Mar Menor”», *Actualidad jurídica ambiental*, núm. 138, 2023, págs. 1 ss.

BACHMANN FUENTES, Ricardo Ignacio/NAVARRO CARO, Valentín, «Consideraciones en torno a la constitucionalidad de la Ley 19/2022 para el reconocimiento de personalidad jurídica del Mar Menor y su cuenca», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 372, 2024, págs. 117 ss.

BARRIO ANDRÉS, Moisés, «Hacia una personalidad electrónica para los robots», *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 2018, págs. 89 ss.

BERNET KEMPERS, Eva, «Neither persons nor things: the changing status of animals in private law», *Revue européenne de droit privé*, núm. 29, 2021, págs. 39 ss.

BINDER, Julius, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, A. Deichert, Leipzig, 1907.

BIOY, Xavier, «La personalidad jurídica atribuida a la naturaleza, a propósito del Mar Menor», en González Navarro, A. (dir.), *Derecho, justicia y sostenibilidad ambiental*, Aranzadi, Madrid, 2024, págs. 71 ss.

BÜSCHER, Nick, «Soll es Rechte der Natur geben?», *Natur und Recht*, núm. 46, 2024, págs. 165 ss.

CARABANTE MUNTADA, José María, «El derecho al medio ambiente. Historia y fundamentos», en González Navarro, A. (dir.), *Derecho, justicia y sostenibilidad ambiental*, Aranzadi, Madrid, 2024, págs. 21 ss.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, «Una laguna como derecho a existir. La naturaleza como sujeto de derechos y el reconocimiento de la personalidad jurídica del Mar Menor», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 52, 2023, págs. 357 ss.

DAYAN, Colin, *The law is a white dog: how legal rituals make and unmake persons*, Princeton University Press, New Jersey, 2011.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1981.

DE MIGUEL, Mar, «Teresa Vicente: “La gente sabe que el Mar Menor tiene derechos porque lo ha visto morir”», *El Mundo*, 29 de abril de 2022, <<https://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/medio-ambiente/2022/04/29/626aa38e21efa0ca238b45d5.html>>.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, «Evaluación de un lustro de evaluación *ex post* de las normas», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 115, 2023, págs. 191 ss.

DEGENHART, Christoph, «Irritierend distanzlos», *Verfassungsblog*, 5 de noviembre de 2024, <<https://verfassungsblog.de/rechte-der-natur-erfurt-kritik/>>.

DELCAS, Marie, «En Colombie, les droits bafoués du fleuve Atrato», *Le Monde*, 20 de noviembre de 2022, <https://www.lemonde.fr/planete/article/2022/11/20/en-colombie-les-droits-bafoues-du-fleuve-atrato_6150741_3244.html>

DESMOULIN-CANSELIER, Sonia, «Une personnalité technique et des droits naturelles ou comment les animaux et les intelligences artificielles révèlent les tensions inhérentes aux conceptions du sujet de droits et de la personne juridique», en Aïdan, G. y Bourcier, D. (dirs.), *Humain Non-Humain, Repenser l'intériorité du sujet de droit*, LGDJ, París, 2021, versión digital.

DUFF, Patrick William, «The Personality of an Idol», *The Cambridge Law Journal*, núm. 3, 1927, págs. 42 ss.

EGUINO DE SAN ROMÁN, Román, «La gestión del dominio público marítimo-terrestre tras las SSTC 31/2010 y 18/2022», *Revista de Administración Pública*, núm. 222, 2023, págs. 181 ss.

ELIACHEVITCH, Basile, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Société d'Histoire du Droit, París, 1942.

EMBED IRUJO, José Miguel, «La personalidad latente de la sociedad extinguida. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo civil, pleno) 1991/2017, de 24 de mayo», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 104, 2017, págs. 407 ss.

ERCILLA GARCÍA, Javier, «Una aproximación a una personalidad jurídica específica para los robots, revista Aranzadi de derechos y Nuevas Tecnologías, núm. 47, 2018, págs. 1 ss.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, «Sociedades de capital sin ánimo de lucro», *Almacén de Derecho*, 24 de enero de 2021, <<https://almacenederecho.org/sociedades-de-capital-sin-animo-de-lucro>>.

FERRARA, Francesco, *Teoría de las personas jurídicas*, Monereo Pérez, J. L. (dir.), Comares, Granada, 2006, [traducción de: *Teoría delle persone giuridiche*, 1915, por Ovejero y Maury, E.].

FERRERA, Antonia, «Adeje autoriza las obras del polémico proyecto turístico Cuna del Alma», *El diario*, 19 de septiembre de 2024, <https://www.eldiario.es/canariasahora/sociedad/adeje-autoriza-obras-polemico-proyecto-turistico-cuna-alma_1_11667465.html>.

FLEISHER, Holger/PENDL, Matthias, «The Law of Social Enterprises: Surveying a New Field of Research», *European Business Organization Law Review*, núm. 269, 2024, págs. 270 ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS, Andrea, «La personalidad jurídica de los entes naturales: ¿un cambio de paradigma?», *Legebiltzarreko Aldizkaria – Revista del Parlamento vasco*, núm. 4, 2023, págs. 8 ss.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, «Las falacias del Mar Menor», *Acento local. El blog de actualidad jurídica*, 2 de noviembre de 2022, <<https://www.gobiernolocal.org/acento-local/las-falacias-del-mar-menor/>>.

GARCÍA ROCA, Javier, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Civitas-Aranzadi, Navarra, 2023.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Pío, «La preocupación por la calidad de las leyes», *Revista de asuntos constitucionales*, núm. 2, 2022, págs. 145 ss.

GELINSKY, Katja, «Hat die Natur eigene Rechte?», *Frankfurt Allgemeine*, 19 de agosto de 2024, <<https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/urteil-in-dresden-in-dieselklage-hat-die-natur-eigene-rechte-19929230.html>>

GINER DE LOS RÍOS, Francisco, *La persona social. Estudios y fragmentos*, Comares, Granada, 2006.

GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia, «El reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca: ¿una garantía adicional para la protección de este ecosistema?», en Asencio Mellado, J. M.^a y Fuentes Soriano, O. (dirs.), *El proceso como garantía*, Atelier, Barcelona, 2023, págs. 187 ss.

GRUBER, Malte-Christian, «Warum Nicht-Menschenrechte?», *Zeitschrift für Medien- und Kulturforschung*, 2016, núm. 2, págs. 63 ss.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos contra al medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

GUTIÉRREZ CASTILLO, Víctor Luis, «Estudio del primer ecosistema con personalidad jurídica en Europa: análisis a luz de la obligación internacional de proteger y del derecho comparado», *Cuadernos de Derecho Transaccional*, núm. 2 (15), octubre de 2023, págs. 578 ss.

GUTMANN, Andreas/MORALES NARANJO, Viviana, «¿Pueden comparecer los ausentes? Los fundamentos que justifican el acceso de la naturaleza a la justicia en Alemania y Ecuador», en Fisher-Lescano, A. y Valle Franco, A. (coords.), *La naturaleza como sujeto de derechos: un diálogo filosófico y jurídico entre Alemania y Ecuador*, El Siglo, Bogotá, 2023, págs. 119 ss.

GUTMANN, Andreas, «Fruchtbare Irritationen. Das zweite Urteil des LG Erfurt zu Rechten der Natur», *Verfassungsblog*, 28 de octubre de 2024, <<https://verfassungsblog.de/rechte-der-natur-erfurt-2/>>.

GUTMANN, Andreas, *Hybride Rechtssubjektivität. Die Rechte der „Natur oder Pacha Mama“ in der ecuadorianischen Verfassung von 2008*, Nomos, Bremen, 2021.

HAAKE, Camilla, «Pioniertat oder Barendienst?», *Verfassungsblog*, 26 de agosto de 2024, <<https://verfassungsblog.de/rechte-der-natur-erfurt/>>.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, Claudia, *Los fondos públicos. Estudio de su régimen jurídico-administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

HÖLDER, Eduard, *Natürliche und juristische Personen*, Duncker&Humblot, Leipzig, 1905.

JOHN, Uwe, «Einheit und Spaltung in Begriff der Rechtsperson», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm.2 (11), 1982, págs. 947 ss.

KAHN, Peter H. et al., «The new ontological category hypothesis in human-robot interaction», *HRI '11: Proceedings of the 6th international conference on Human-robot interaction*, Boston, marzo 2011, págs. 159 ss.

KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Malpaso, Barcelona, 2020, [traducción de: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, por García Morente, M.].

KAUR, Pamel, «New Zealand grants sacred mountain personhood in landmark law», *Jurist News*, 3 de febrero de 2025, <<https://www.jurist.org/news/2025/02/new-zealand-grants-sacred-mountain-personhood-in-landmark-law/>>.

KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, La Baconnière, Neuchâtel, 1953, [traducción de: *Reine Rechtslehre*, 1934, por Thévenaz, H.].

KERSTEN, Jens, «Relative Rechtssubjektivität. Über autonome Automaten und emergente Schwärme», *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2017, núm. 37 (1), págs. 8 ss.

KOLTER, Max/KRING, Franziska, «Landgericht Erfurt erkennt erneut Rechte der Natur an», *Legal Tribune Online*, 23 de octubre de 2024, <<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lg-erfurt-8083622-rechte-der-natur-zweites-urteil>>.

KOWALSKA, Samanta, «Natural law and the rights of nature – in search of more effective environmental protection», *Adam Mickiewicz University Law Review*, núm. 15, 2023, págs. 273 ss.

KURKI, Visa, *A theory of Legal Personhood*, Oxford Press, Oxford, 2019.

KURKI, Visa, «Animals, Slaves, and Corporations: Analyzing Legal Thinghood», *German Law Journal*, núm. 5 (18), 2017, págs. 1069 ss.

LARA GONZÁLEZ, Rafael, «La personalidad jurídica de las sociedades de capital tras la cancelación registral: su legitimación pasiva», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2018, págs. 117 ss.

LLOREDO ALIX, Luis Manuel, «Derechos de la naturaleza y bienes comunes naturales: análisis de algunas tensiones conceptuales a la luz del caso chileno», *Revista de estudios políticos*, núm. 204, 2024, págs. 241 ss.

LLOREDO ALIX, Luis Manuel, «¿Qué son los derechos de la naturaleza y por qué los necesitamos?», *El Salto*, 22 de noviembre de 2023, <<https://www.elsaltodiario.com/medioambiente/derechos-naturaleza-necesitamos>>.

LLOREDO ALIX, Luis Manuel, «Bienes comunes», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 19, 2020, págs. 214 ss.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás/GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia, «Artículo 6. Capacidad para ser parte», en Gimeno Sendra, V. (dir.), *Proceso civil práctico*, Thomson Reuters–Aranzadi, Pamplona, tomo I, 2018, versión digital.

LOZANO CUTANDA, Blanca, «La personificación jurídica del Mar Menor: persiste la inseguridad jurídica tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 142/2024 y el Real Decreto 90/2025», *GA_P*, 6 de marzo de 2025, <https://ga-p.com/wp-content/uploads/2025/03/Personificacion_juridica_Mar_Menor-1.pdf>.

LOZANO CUTANDA, Blanca, «La declaración del Mar Menor y su cuenca como persona jurídica: un “embrollo jurídico”», *GA_P*, 18 de octubre de 2022, <<https://ga-p.com/publicaciones/la-declaracion-del-mar-menor-y-su-cuenca-como-persona-juridica-un-embrollo-juridico/>>.

LOZANO CUTANDA, Blanca/GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS, Andrea, «La declaración del Mar Menor y su cuenca como persona jurídica», *Diario La Ley*, núm. 10163, 2022.

MARRERO GUANCHE, Diana, «El ejercicio de la acción penal para la persecución de delitos contra el medioambiente» en Asencio Mellado/Fuentes Soriano (dirs.), *El proceso como garantía*, Atelier, Barcelona, 2023, págs. 105 ss.

MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora/RECALDE CASTELLS, Andrés, «La doctrina del Tribunal Supremo en relación con la cancelación registral de la sociedad de capital con pasivos insatisfechos», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 50, 2017, págs. 273 ss.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, «Retos de la función jurisdiccional para un mundo interdependiente y ecodependiente», *Teoría & Derecho*, núm. 37, 2024, págs. 239 ss.

MEDINA GUERRERO, Manuel, «El Tribunal Constitucional y los defectos de técnica legislativa», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 53, 2024, págs. 251 ss.

MOLINA, Rafael, «La asociación Amarme lleva al Tribunal Europeo de Derechos Humanos la defensa del Mar Menor», *Murcia plaza*, 15 de diciembre de 2024, <<https://murciaplaza.com/murciaplaza/la-asociacion-amarme-lleva-al-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-la-defensa-del-mar-menor>>.

MONTALVÁN ZAMBRANO, Digno, «Más allá del ser humano: cómo el derecho puede transformar nuestra relación con la tierra», *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 167, 2024, págs. 31 ss.

MONTALVÁN ZAMBRANO, Digno, «Antropocentrismo y ecocentrismo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Araucaria*, núm. 46, 2021, págs. 505 ss.

MONTALVÁN ZAMBRANO, Digno, «Justicia ecológica», *Eunomía*, núm. 18, 2020, págs. 179 ss.

MOREU CARBONELL, Elisa, «Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos», *Revista de Administración Pública*, núm. 161, 2003, págs. 435 ss.

MOUTRIE, Marsha, «The Rights of Nature Movement in the United States: Community Organizing, Local Legislation, Court Challenges, Possible Lessons and Pathways», *Environmental and Earth Law Journal*, núm. 10 (1), págs. 5 ss.

NAVARRO FRÍAS, Irene, «Dieselgate, greenwashing y responsabilidad social corporativa», en Souto García, E. M.^a (coord.) y Puente Alba, L. M.^a (dir.), *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, Comares, Granada, 2022, págs. 183 ss.

ORTEGO RUIZ, Miguel, *La personalidad jurídica de los robots*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

PADRÓN VILLALBA, Andrea, «Complicar lo sencillo: el Tribunal Supremo y la personalidad jurídica», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 72, 2024, págs. 1 ss.

PADRÓN VILLALBA, Andrea, *La personalidad jurídica de las sociedades de capital*, Comares, Granada, 2024.

PAILLUSSEAU, Jean, «Mais qu'est-ce que la personnalité morale ?», *JCP - La Semaine Juridique*, núm. 19 (1224), págs. 18 ss.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido, «La sociedad civil (comentario de los art. 1665-1708)» en Paz-Ares Rodríguez, J. C., Díez-Picazo y Ponce de León, L., Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Salvador Coderch, P. (dirs.), *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, tomo II, págs. 1299 ss.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido, «Ánimo de lucro y concepto de sociedad (breves consideraciones a propósito del artículo 2.2 LAIE)», en AA. VV., *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea: estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 731 ss.

PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, Elisa, «La acción popular como instrumento de garantía de la tutela judicial efectiva del Mar Menor y su cuenca», *Medio Ambiente & Derecho*, núm. 1, 2023, apartado «La legitimación del Comité de Representantes y la legitimación pública, versión electrónica, <<https://huespedes.cica.es/gimadus/41/41-01-elisa.html>>».

QUINTERO DÍAZ, Daniela, «A cinco años de la sentencia del río Atrato, muchos acuerdos y pocas acciones», *El espectador*, 28 de septiembre de 2021, <<https://www.connectas.org/especiales/colombia-sentencias-ambientales-incumplidas/atrato-2.html>>

RODA, Rosa, «Una asociación en defensa del Mar Menor pide amparo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *RRnews*, 23 de febrero de 2025, <<https://rrnews.es/2025/02/una-asociacion-en-defensa-del-mar-menor-pide-amparo-al-tribunal-europeo-de-derechos-humanos.html>>.

SAVIGNY, Friedrich Karl, *Sistema del derecho romano actual*, en Monereo Pérez, J. L. (dir.), Comares, Granada, 2005, [traducción de: *System des heutigen römischen Rechts*, 1840 - 1849, por Mesía y Manuel Poley, J.].

SICARD, Germain, *Les moulins de Toulouse au Moyen Âge : aux origines des sociétés anonymes*, Armand Colin, París, 1953.

SORO MATEO, Blanca/ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago Manuel, «Derechos de la naturaleza y Constitución, a propósito del caso de la laguna del Mar Menor», *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 39, 2024, págs. 61 ss.

STONE, Christopher D., *Should trees have standing? Law, morality, and the environment*, Oxford University Press, Nueva York, 2010.

TRAHAN, John Randall, «The Distinction between Persons and Things: An Historical Perspective», *Journal of Civil Law Studies*, núm. 1 (1), págs. 9 ss.

VICENTE GIMÉNEZ, Teresa/SALAZAR ORTUÑO, Eduardo, «La iniciativa legislativa popular para el reconocimiento de personalidad jurídica y derechos propios al Mar Menor y su cuenca», *Revista catalana de dret ambiental*, núm. 1 (13), 2022, págs. 1 ss.

ZABALZA, Alexandre, «Les droits de la nature à la boussole des communs. Premiers jalons pour une théorie du sujet de droit sans personnalité juridique », *Revue juridique de l'environnement*, 2024, págs. 363 ss.

ZITELMANN, Ernst, *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1873.

La finalidad concurrencial como requisito de aplicación de la Ley de competencia desleal

Hacia una interpretación uniforme

Sumario

La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal se aplica únicamente a actos que se han llevado a cabo con finalidad concurrencial. Los tribunales han tenido especiales problemas para aplicar este requisito de aplicación de la Ley, de forma que, transcurridos casi 35 años desde su promulgación, no existe una interpretación jurisprudencial homogénea, lo que implica una importante falta de seguridad jurídica.

El presente artículo pretende proporcionar una interpretación uniforme del requisito de la finalidad concurrencial. Para ello, examina su origen histórico, ofrece tres posibilidades razonables de interpretación del mismo, y tras optar por una de ellas, propone una metodología para determinar la existencia –o ausencia– de finalidad concurrencial en sede judicial.

Abstract

Spanish Act 3/1991 of 10 January 1991 on Unfair Competition applies only to acts carried out "with a competitive purpose". This requirement for the application of the Act has proved particularly difficult for the courts to apply. After almost 35 years since the publication of the Act, the case law does not provide a consistent interpretation, which has led to a lack of legal certainty.

This contribution attempts to provide a uniform interpretation of the requirement. To this end, the article examines its historical origins, offers three reasonable interpretations and finally adopts one of them, proposing a methodology for its application in court.

Title: *Competitive purpose as a requirement for the application of the Unfair Competition Act. Towards a uniform interpretation.*

Palabras clave: competencia desleal, finalidad concurrencial, ámbito de aplicación

Keywords: *unfair competition, competitive purpose, scope of application*

DOI: 10.31009/InDret.2025.i3.04

3.2025

Recepción
24/03/2025

-

Aceptación
20/05/2025

-

Índice

-

- 1. Introducción**
- 2. Orígenes históricos**
- 3. La finalidad concurrencial: tres alternativas de interpretación**
 - 3.1. Interpretación finalista subjetiva (finalidad del agente)
 - 3.2. Interpretación finalista objetivizada (finalidad del acto)
 - 3.3. Interpretación objetiva (efectos del acto)
- 4. El papel del Tribunal Supremo**
- 5. Propuesta de una metodología**
- 6. Conclusiones**
- 7. Bibliografía**

-

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

1. Introducción*

La finalidad concurrencial es uno de los conceptos del Derecho contra la competencia desleal que mayores quebraderos de cabeza ha provocado en la jurisprudencia y la doctrina.

No es de extrañar. Supone la traslación al Derecho español de uno de los conceptos más complejos de un Derecho especialmente desarrollado: el Derecho alemán contra la competencia desleal. En este ordenamiento, ya desde la Ley contra la competencia desleal de 1896 y hasta una reforma relativamente reciente, determinados preceptos exigían que la conducta se realizase con el objetivo de competir («zu zwecken des Wettbewerbs»). El requisito generó un largo debate doctrinal que nunca llegó a estar del todo zanjado, a pesar de que pervivió en la legislación durante más de 100 años.

En España, en 2026 se cumplen 35 años desde la promulgación de la Ley de Competencia Desleal,¹ y la situación no es halagüeña: carecemos de una doctrina jurisprudencial precisa y unificada sobre el concepto de finalidad concurrencial que aporte seguridad a los operadores jurídicos. La necesidad de precisión es aun más acuciante en un momento en el que las redes sociales hacen que las posibilidades de que los particulares puedan realizar actos con trascendencia externa –y por lo tanto «en el mercado» en el sentido del art. 2 LCD– hayan aumentado exponencialmente.

El presente artículo pretende aportar algo de luz a la compleja problemática planteada por el requisito de la finalidad concurrencial. Para hacerlo, se describirán en primer lugar los orígenes históricos y el significado de la figura en el Derecho alemán, ya que es allí donde el artículo 2 de la Ley de Competencia Desleal (ámbito objetivo) tiene su germen.

Posteriormente se expondrán las tres principales interpretaciones que admite el requisito de la finalidad concurrencial. La exposición de las tres interpretaciones tiene su razón de ser en la sospecha de que muchos de los problemas que existen en la jurisprudencia derivan de no distinguir adecuadamente entre ellas (en especial entre dos, que denominaremos interpretación finalista objetivizada e interpretación objetiva).

Analizaremos someramente, después, la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la finalidad concurrencial, no con el objetivo de examinarla en profundidad, sino con el único propósito de constatar cómo el Tribunal mantiene una postura equívoca y exhortarlo a que la clarifique.

Por último, se concluye con una propuesta de una metodología, que pretende aportar algo de claridad a los operadores jurídicos en aquellos casos en los que la existencia de finalidad concurrencial sea dudosa y su presencia –o ausencia– deba ser determinada en sede judicial.

2. Orígenes históricos

* Autor de contacto: Rafael García Pérez (rafael.garcia.perez@udc.es).

¹ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991.

El ámbito objetivo de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal está estrechamente emparentado con el Derecho alemán. El requisito de la finalidad concurrencial se remonta a la *Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes* de 27 de mayo de 1896, que incorporaba en varios de sus preceptos la exigencia de que el acto se realizase con la finalidad de competir («zu Zwecken des Wettbewerbes», que en nuestra Ley se expresa con la locución «con fines concurrenciales»²).

La introducción del requisito jugaba un papel delimitador frente a las normas generales sobre la responsabilidad civil extracontractual. El mayor rigor que establecía la Ley contra la Competencia Desleal –en comparación con el Derecho civil– debía quedar limitado a los casos en los que el sujeto agente tuviese la intención de «promover la competencia». Los propios trabajos preparatorios de la Ley reflejan esta inquietud. En ellos se proporcionaba la siguiente explicación con respecto al inciso «zu Zwecken des Wettbewerbes» que constaba en el precepto que prohibía los actos de denigración:

«Consideraciones relativas a la seguridad jurídica del tráfico comercial y personal no permiten hacer objeto de responsabilidad civil toda declaración realizada sin ánimo de causar daño, aunque sea falsa y perjudicial. Por el contrario, y de forma coherente con la finalidad del Proyecto, es necesario además que la intención sea la de, mediante el descrédito del tercero, promover la competencia, sea la propia o la de un tercero».³

La doctrina también hacía hincapié en esta idea delimitadora de un Derecho más estricto frente al menos riguroso régimen general del Derecho común. Valgan como ejemplo las palabras de Osterrieth, que afirmaba que la introducción del requisito constituía una *salvaguarda* que impedía que la Ley se aplicase a aquellos casos en los que una persona formulaba afirmaciones incorrectas sobre las relaciones comerciales de otro sin perseguir con ello una fin concurrencial.⁴

En la siguiente ley, la longeva Ley contra la Competencia Desleal (UWG) de 1909⁵, el legislador confirmó la elección realizada en la norma anterior y la completó con otra mención. La cláusula general, así como otros preceptos de la Ley, se aplicaban únicamente a actos realizados en el tráfico comercial («im geschäftlichen Verkehr») con finalidad concurrencial («zu Zwecken des Wettbewerbs»).

² Considero correcta la utilización por la Ley de Competencia Desleal española del término «concurrencial». El DRAE define «concurrir» como «competir o concursar» (acepción quinta). Y es que el verbo latino «concurrere», en una de sus acepciones, significa luchar o entrar en batalla (*Oxford Latin Dictionary*, ed. P.G.W. Glare, 2 ed., Oxford University Press, 2012, p. 430: «to engage in battle, fight/to engage in a contest, strive, contend, fight/To knock together violently/(transf., of arguments, interests, etc.) to be at variance, conflict, clash»). Por su parte, el *Diccionario de Autoridades* (1726-1739) ya incluía la siguiente acepción de concurrir: «Es ser al mismo tiempo pretendiente y opositor o competidor de otros para alguna pretensión: como sucede en los concursos a las Canongías de oficio, Cátedras, Beneficios, en que concurren diversos sujetos, por lo que comunmente se dice: Yo concurrí con Fulano en la oposición de la Cátedra de Teología. Latín. Simul cum aliis dignitatem ambire: honoris competitorem esse. ZABAL. Theatr. Muchos de estos codiciosos de las conveniencias, que el Conde ofrecía al que fuese Maestro de su hijo, concurren a la pretensión.» (<https://webfrrl.rae.es/DA.html>).

³ BÜCHLER, *Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs und Wettbewerbsverhältnis im UWG*, 1981, p. 6.

⁴ OSTERRIETH, *Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896*, 1896, p. 59.

⁵ *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* de 7 de junio de 1909.

El *Reichsgericht* primero y el *Bundesgerichtshof* después llenaron de contenido ambos requisitos.

Con la exigencia de que el acto se realizase en el tráfico comercial se establecía un primer filtro que restringía la aplicación de la Ley al fenómeno de la competencia económica.⁶ Fuera de la norma quedaban otras manifestaciones de la competencia, así como las actividades que se producían en un ámbito privado y las estrictamente oficiales. Además, la expresión permitía desglosar de la Ley las conductas que no gozaban de trascendencia externa, como las actividades puramente internas de la empresa (por ejemplo las instrucciones dadas a los empleados, siempre, naturalmente, que no produjesen efectos en los terceros).⁷

El legislador podía haber decidido que la UWG se aplicase a todo acto realizado en el tráfico comercial, pero no fue así, ya que la aplicación de la Ley dependía no solo de que el acto se realizase en dicho tráfico comercial, sino también de que el acto se llevase a cabo con fines concurrenciales. Con ello el legislador reducía el ámbito de aplicación de la Ley a una concreta clase de actos: los actos de competencia. Y es que el Derecho contra la competencia desleal, en los sistemas de inspiración germana –como el español y el austríaco– no se aplica a cualquier tipo de comportamiento realizado en el mercado, sino solo a un tipo particular de actos: los actos de competencia.⁸

El requisito de la finalidad concurrencial se desdoblaba en dos exigencias desarrolladas por la jurisprudencia:⁹

a) La primera, de carácter objetivo, requería que la conducta fuese idónea para promover las ventas o las adquisiciones de una persona *en perjuicio de otra*.

La inclusión de este elemento de carácter objetivo tenía su razón de ser en que el Derecho contra la competencia desleal, en sus orígenes, se concebía como un Derecho protector de los competidores, que tutelaba frente a las intromisiones en sus derechos subjetivos, por lo que si el acto no era idóneo para vulnerar dichos derechos, no tenía sentido prohibirlo.¹⁰

El requisito se interpretó con moderada amplitud, ya que, por una parte, las ventas o adquisiciones promovidas no tenían que ser necesariamente las propias, sino que también

⁶ SCHÜNEMANN, «Einleitung-D», en *UWG Großkommentar*, de Gruyter, 1994, pp. 104 ss., D165.

⁷ EMMERICH, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, 5 ed., 1998, p. 16.

⁸ FEZER, «Allgemeine Einführung in das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb», en *Rechtsfragen in Wettbewerb und Werbung*, 1982, capítulo 3, nm. 134, y HENNING-BODEWIG, «Das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (en adelante, *GRUR*) 2004, pp. 713 ss., p. 715. La transposición de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales puede haber cambiado este aspecto. Hay voces muy autorizadas en la doctrina alemana que consideran que el Derecho contra la competencia desleal, tras la incorporación de la Directiva, ha transitado a un Derecho de la lealtad. V. GARCÍA PÉREZ, «La reforma del Derecho contra la competencia desleal, ¿hacia el derecho de la lealtad?» en GÓMEZ SEGADÉ/GARCÍA VIDAL (coords.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, 2010, pp. 323 ss.

⁹ BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, 22 ed., 2001, pp. 280 ss.

¹⁰ BÜCHLER, *Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs und Wettbewerbsverhältnis im UWG*, 1981, p. 16. En tiempos más modernos, la justificación del requisito radicaba en que solo las conductas idóneas para promover las prestaciones propias o de un tercero pueden tener efectos en la competencia. V. KÖHLER, en BAUMBACH/HEFERMEHL/KÖHLER, *Wettbewerbsrecht*, 23 ed., 2004, § 2, nm. 22.

podrían ser las de un tercero. Y, por otra parte, porque se consideraban que satisfacían el requisito aquellos actos encaminados al mantenimiento de la clientela existente.¹¹

No era suficiente, no obstante, con que se promoviesen las prestaciones, ya que, como se desprende de la utilización de la locución «en perjuicio de», tal promoción debía hacerse a costa de otra persona. Es decir, que se requería que existiese una correspondencia entre las ventajas perseguidas con la conducta y los perjuicios sufridos por el tercero.

Cierto es que en ninguna parte del texto de la Ley se exigía de forma expresa que la promoción de las prestaciones se hiciese a costa de un tercero, pero la jurisprudencia derivó la exigencia de la noción de competencia existente en aquel tiempo. La competencia se concebía, en efecto, como un juego de suma de suma cero, en el que la clientela ganada por un competidor era necesariamente clientela perdida por otro.¹² En estas fases iniciales del desarrollo del Derecho contra la competencia desleal, el acto de competencia era, precisamente, el acto por el que un competidor procuraba influir en la clientela a costa de sus otros competidores.¹³ Esta incidencia en la esfera del competidor era lo que justificaba, por otro lado, la reacción de un sector del ordenamiento jurídico que en esta fase inicial tutelaba exclusivamente los intereses de los competidores.

La definición del requisito de la finalidad concurrencial como la promoción de las prestaciones *a costa de* otro tuvo una derivada lógica de repercusiones muy relevantes: para que la Ley resultase aplicable, debía existir una *relación de competencia concreta* entre la empresa cuyas prestaciones se promovían y la empresa perjudicada.¹⁴ Esta exigencia sería objeto de un intenso debate doctrinal hasta su desaparición.¹⁵

b) Desde el punto de vista subjetivo se requería que la conducta estuviese presidida por el propósito de promover las propias prestaciones o las de un tercero a costa de un competidor¹⁶. Cuando la finalidad fuese otra –política o religiosa, por ejemplo– la Ley de Competencia Desleal no se aplicaba. En el caso de que en la conducta confluyesen fines concurrenciales y no concurrenciales, la UWG se aplicaba salvo que los fines no concurrenciales ocupasen claramente un primer plano.¹⁷

¹¹ BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, Einl UWG, nm. 215.

¹² SCHÜNEMANN, en *UWG Großkommentar*, D 202.

¹³ BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, Einl UWG, nm. 214, aunque sin hacer referencia a que la influencia sea «a costa de otra», por tratarse de una obra más moderna.

¹⁴ Con el calificativo «concreta» se quería expresar que entre las ventajas que el sujeto activo obtenía y el perjuicio que causaba al sujeto pasivo debía existir una correlación. HEFERMEHL, «Das Prokrustesbett „Wettbewerbsverhältnis“», en *Recht und Wirtschaft heute: Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer*, 1980, pp. 345 ss., p. 346.

¹⁵ La elimina definitivamente la UWG de 2004, que deroga la UWG de 1909. V. KÖHLER, en BAUMBACH/HEFERMEHL/KÖHLER, *Wettbewerbsrecht*, § 2, nm. 48, p. 141.

¹⁶ No era necesaria la intención de perjudicar al competidor. El mero propósito de protegerse de un perjuicio, por ejemplo de perder clientela, era suficiente. BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, Einl UWG, nm. 232.

¹⁷ KÖHLER, en BAUMBACH/HEFERMEHL/KÖHLER, *Wettbewerbsrecht*, § 2, nm. 32. No era necesario, por lo tanto, que el propósito concurrencial fuese la finalidad única o esencial del acto; era suficiente que dicho propósito no se viese completamente desplazado por otro móvil distinto (BAUMBACH/HEFERMEHL/KÖHLER, *Wettbewerbsrecht*, § 2, nm. 26).

La prueba del requisito subjetivo se veía favorecida por una presunción que desarrolló la jurisprudencia para algunos casos¹⁸: cuando el acto era idóneo para promover las prestaciones se presumía que se realizaba con finalidad concurrencial. La presunción, eso sí, podía destruirse aportando otros elementos que hiciesen surgir la convicción en el juez de que el propósito de la conducta era diferente.

La interpretación de los elementos definitorios de la aplicación de la cláusula general se mantuvo razonablemente estable durante toda su existencia –la UWG de 1909 se derogó en 2004¹⁹– salvo en un punto especialmente conflictivo: la relación de competencia. Este aspecto fue muy controvertido, y aunque el *Bundesgerichtshof* no llegó a prescindir de la exigencia –pese a las sugerencias de una prestigiosa doctrina²⁰– su interpretación fue tornándose cada vez más generosa. El requisito, en fin, se fue diluyendo.²¹

Las críticas a la relación de competencia arreciaron cuando se constató el giro experimentado por el Derecho contra la competencia desleal, que de tutelar exclusivamente los intereses de los competidores pasó a constituir un Derecho que también tutelaba a los consumidores y, de

¹⁸ La presunción no tenía el carácter general que tiene en la Ley española, en la que se presume la finalidad concurrencial cuando el acto se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. En Derecho alemán la finalidad concurrencial solo se presumía en algunos casos. En líneas generales, la presunción se aplicaba cuando era un competidor quien realizaba el acto, pero no cuando una persona que no tenía la condición de empresario promocionaba las prestaciones ajenas. No se presumía la finalidad concurrencial, por ejemplo, cuando un científico de un instituto de investigación publicaba un artículo científico (sentencia del BGH de 14 de julio de 1961, *Betonzusatzmittel*, GRUR, 1962, pp. 45 ss.). El motivo radicaba en que en Derecho alemán la presunción no era legal, sino que fue establecida por la jurisprudencia sobre la base de una máxima de experiencia. Esta máxima no concurría, sin embargo, en todos los casos. No lo hacía, por ejemplo, cuando un no competidor promocionaba las prestaciones de un tercero. BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, UWG Einl, nm. 236a.

¹⁹ La UWG de 3 de julio de 2004 (traducida por GARCÍA PÉREZ en *ADI*, 25, 2004-2005, pp. 1373 ss.), que derogó la UWG de 1909, todavía conserva la noción de acto de competencia, que define como «todo acto de una persona que tenga el propósito de promover, a favor de la propia empresa o de una ajena, la venta o la adquisición de productos o la prestación o adquisición de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones». La reforma de la UWG en 2009 para adaptarla a la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales ya prescinde del acto de competencia, que sustituye por la noción de «acto comercial» (definido en la versión vigente de la UWG como «toda conducta de una persona a favor de la propia empresa o de una ajena antes, durante o después de una transacción, que esté directa y objetivamente relacionada con la promoción de la venta o de la adquisición de productos o servicios o con la celebración o ejecución de un contrato sobre productos o servicios»). El cambio responde al desajuste existente entre el concepto de acto de competencia de la Ley y el de práctica comercial de la Directiva. V. GARCÍA PÉREZ, «Nuevo texto de la Ley de Competencia Desleal alemana (UWG): Traducción con anotaciones», *ADI*, 29 (2008-2009), pp. 699 ss.

²⁰ El comentario más influyente de la UWG proponía prescindir del requisito: «un “acto con finalidad concurrencial” no presupone la existencia de una relación de competencia entre el autor y el perjudicado». BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, Einl UWG, nm. 247, p. 301. V. también ULMER, «Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt», *GRUR Int*, 1973, pp. 135 ss., p. 138, y SCHRICKER, «Grenzen des Verbraucherschutzes - Zur Auslegung des Kaufscheinverbots in § 6b UWG», *GRUR*, 1975, pp. 349 ss., p. 352.

²¹ Véase al respecto HEFERMEHL, «Das Prokrustesbett “Wettbewerbsverhältnis”», en *Recht und Wirtschaft heute: Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer*, Stämpfli, 1980, pp. 345-361, y, en España, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust: (Un ensayo sobre el Derecho alemán de la competencia desleal)», *RDM*, 159, 1981, pp. 7-150, en especial la nota 352 (p. 142), y FONT GALÁN, «La crisis de la relación de competencia como presupuesto técnico de aplicación de la cláusula general de la competencia desleal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 72, 1986-1987, pp. 231 ss.

manera general, el interés de la generalidad en una competencia no falseada.²² Desde esta nueva perspectiva, la relación de competencia se percibía como un vestigio de un tiempo en el que el Derecho de la competencia tutelaba únicamente los intereses de los competidores.²³ La incorporación de otros intereses hacía que no tuviera sentido, por ejemplo, que no se aplicase la UWG a las conductas de los monopolistas, cuando la necesidad de tutela en estos casos es especialmente intensa.²⁴

A la relación de competencia se le achacaba, además, estar basada en una concepción excesivamente restrictiva del fenómeno de la competencia, pues, por un lado, lo constreñía de forma indebida a las relaciones horizontales, al no tener en cuenta el proceso de intercambio entre los operadores económicos,²⁵ y, por otro, olvidaba que la competencia no constituye necesariamente un juego de suma cero. En un contexto de crecimiento económico, por ejemplo, un empresario puede ampliar la difusión de sus prestaciones sin hacerlo necesariamente a costa de otro.²⁶

El brevísimo contexto histórico que acabamos de exponer sirve para comprender cuál es el origen de los requisitos que incorpora el artículo 2 de la Ley de Competencia Desleal para definir el ámbito objetivo de la ley: los actos han de realizarse en el mercado («im geschäftlichen Verkehr») y con finalidad concurrencial («zu Zwecken des Wettbewerbs»).

El redactor del anteproyecto de la Ley de Competencia Desleal, buen conocedor del Derecho alemán²⁷, decidió prescindir de la relación de competencia que tantos problemas y dudas había suscitado y que no se compadecía con el modelo institucional que la Ley aspiraba a establecer. Además, incorporó en el propio texto de la Ley la presunción desarrollada por la jurisprudencia alemana, y la extendió a todos los casos –frente a la más moderada alternativa alemana, que se limitaba a algunos–. Por último, y también recogiendo la experiencia jurisprudencial alemana, estableció en el texto de la presunción no solo la idoneidad del acto para difundir las prestaciones, sino también la de asegurar su difusión en el mercado.

En definitiva, el ámbito objetivo de la Ley de Competencia Desleal española incorpora la experiencia legal y jurisprudencial alemana, pasada por el tamiz de las críticas que la doctrina más prestigiosa de aquel país había expresado.

²² HEFERMEHL, «Das Prokrustesbett “Wettbewerbsverhältnis”», en *Recht und Wirtschaft heute*, 1980, pp. 353 y 354, y HEFERMEHL, «Entwicklungen im Recht gegen unlauteren Wettbewerb», *Festschrift für Robert Fischer*, 1979, pp. 197-213, pp. 212 y 213. Sobre la evolución histórica del Derecho contra la competencia desleal, v. MENÉNDEZ, *La Competencia Desleal*, 1988, pp. 95 ss.

²³ BAUDENBACHER, «Probleme der Rechtsverfolgung im schweizerischen Recht des unlauteren Wettbewerbs», *GRUR Int*, 1980, pp. 344 ss., p. 346.

²⁴ KNÖPFLE, «Zum Erfordernis eines Wettbewerbsverhältnisses bei der Anwendung des UWG», *UFITA – Archiv für Medienrecht und Medienwissenschaft*, 93, 1982, pp. 25 ss., p. 32, y LINDACHER, «Grundfragen des Wettbewerbsrecht», *Betriebs Berater* 29, 20 de octubre de 1975, pp. 1311 ss., p. 1313.

²⁵ HEFERMEHL, «Das Prokrustesbett “Wettbewerbsverhältnis”», en *Recht und Wirtschaft heute*, 1980, pp. 345-361, p. 355, y SCHÜNEMANN, en *UWG Großkommentar*, D 229.

²⁶ SCHÜNEMANN, en *UWG Großkommentar*, D 227.

²⁷ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, *RDM*, 159, 1981, pp. 7 ss.

3. La finalidad concurrencial: tres alternativas de interpretación

Existen tres posibilidades razonables de interpretación del artículo de 2²⁸ de la Ley de Competencia Desleal, en lo que a la finalidad concurrencial respecta. Las dos primeras, que denominaremos interpretación finalista subjetiva e interpretación finalista objetivizada, exigen que la conducta esté presidida por la finalidad de promover las prestaciones propias o las de un tercero. Se diferencian, no obstante, en que para la subjetiva lo relevante es que el autor haya tenido esa intención –en su fuero interno– mientras que para la objetivizada el propósito íntimo del sujeto es irrelevante, pues lo que importa es la finalidad objetiva del acto. Es decir, que lo fundamental para esta última postura es lo que los hechos externos muestran o, dicho de otra forma, lo que un observador externo concluiría sobre la finalidad del acto a la luz de todos los aspectos que lo rodean. Si esta coincide o no con la intención íntima del sujeto es superfluo.

La tercera posibilidad –que denominaremos interpretación objetiva– prescinde tanto de la finalidad subjetiva del autor como de la finalidad objetiva del acto. Esta postura se centra plenamente en los efectos de la conducta, que tendrá finalidad concurrencial cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idónea para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de las de un tercero. Si el acto resulta idóneo para promover o asegurar esta difusión, resulta irrelevante tanto la voluntad interna del autor como la finalidad que el acto tenga a los ojos de un observador externo.

A continuación expondremos con algo más de detalle las tres posibilidades.

3.1. Interpretación finalista subjetiva (finalidad del agente)

Según esta postura lo que se exige para aplicar la Ley de Competencia Desleal es que el autor del acto haya tenido la intención de promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de las de un tercero. Es decir, que se requiere que ese haya sido el propósito del autor, lo que requiere constatar un proceso psicológico, esto es, un evento interno del sujeto.

Indagar en los móviles internos de las personas no resulta, por supuesto, en absoluto sencillo, por lo que la propia Ley introduce una presunción: «Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero».²⁹

²⁸ «Artículo 2. Ámbito objetivo.

1. Los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.

2. Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

3. La ley será de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no.»

El apartado tercero se añadió por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

²⁹ Es la postura de OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, *Competencia Desleal. Análisis de la Ley 3/1991*, 1992, pp. 112 ss., si bien el autor se muestra crítico y considera preferible –*de lege ferenda*– la postura objetiva.

La presunción es *iuris tantum*, por lo que se puede desvirtuar, pero ello corresponde al autor del acto, que debe proporcionar al juzgador los elementos probatorios necesarios que le lleven a formar la convicción de que ha actuado con otros objetivos –la defensa del medio ambiente, por ejemplo–.

Nada más diremos acerca de esta interpretación subjetiva, ya que, a pesar de que era perfectamente defendible en el momento de aprobación de la Ley, no puede ser sostenida en la actualidad, puesto que no es compatible con la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales.³⁰ Para la Directiva, la voluntad interna del sujeto agente es irrelevante.³¹ Es cierto que podría mantenerse la interpretación fuera del ámbito de aplicación de la Directiva (por ejemplo en las relaciones entre empresarios), pero no parece práctico ni conveniente interpretar el artículo 2 de manera diferente según nos movamos dentro o fuera de dicho ámbito. La visión subjetiva debe ser hoy en día, por lo tanto, desterrada.

3.2. Interpretación finalista objetivizada (finalidad del acto)

La interpretación objetivizada prescinde del fuero interno del sujeto. No es relevante el propósito íntimo del autor de la conducta, sino la finalidad objetiva del acto. Si el acto, a los ojos de un espectador externo,³² está orientado a la promoción de las propias prestaciones o de las de un tercero, el mismo tendrá finalidad concurrencial. Dicho de otra forma: la persona que con su conducta crea una apariencia determinada no puede pretender escapar a la aplicación de la Ley de Competencia Desleal alegando que en su fuero interno tenía otros propósitos³³. Lo relevante, en definitiva, no es tanto la finalidad del *autor* del acto, sino del *acto* mismo, tal y como se encarga de señalar el Preámbulo de la Ley:

³⁰ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. Con respecto al Derecho alemán, v. SOSNITZA, en OHLY/SOSNITZA, *UWG*, 8. ed., 2023, *UWG*, § 2 nm. 29.

La Ley de Competencia Desleal ha sido reformada para incorporar la Directiva a nuestro ordenamiento y debe ser en consecuencia interpretada de manera conforme con la misma (Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios).

³¹ HENNING-BODEWIG, «Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken», *GRUR Int*, 2005, pp. 629 ss., p. 630; FEZER, «Plädoyer für eine offensive Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in das deutsche UWG», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2006, pp. 781 ss., p. 786, y GOLDMANN, «Fachausschuss für Wettbewerbs- und Markenrecht», *GRUR*, 2005, pp. 1017 ss., p. 1018.

³² PERDICES HUETOS opina que, para que el fin concurrencial se dé, «basta con que, a los ojos de un espectador ajeno, el acto presente una función concurrencial típica y característica. No es preciso que se haga con esa intención ni que efectivamente consiga su efecto; basta con que ese acto tenga en el mercado una función objetiva y típicamente concurrencial, función que, por eso mismo, será reconducible a la voluntad del agente, aunque sea de modo eventual». PERDICES HUETOS, «Comentario a la STS de 20 de marzo de 1996», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 42, 1996, pp. 909 ss., p. 917. En otro lugar –p. 918– señala que «de nada sirve probar –si es que es posible– que la finalidad exclusiva o determinante de la actuación no fue concurrencial si el hecho típicamente sí lo fue».

³³ Señala KELLER que «El autor debe permitir que se le atribuyan sus actos tal como se entiendan en el tráfico, con independencia de cuál sea su motivación interna». KELLER, Comentario al § 2, en HARTE-BAVENDAMM/HENNING-BODEWIG, *UWG Kommentar*, 2004, § 2, nm. 39, pp. 513 y 514.

«Para que exista acto de competencia desleal basta, en efecto, con que se cumplan las dos condiciones previstas en el párrafo primero del artículo 2; Que el acto se «realice en el mercado» (es decir, que se trate de un acto dotado de trascendencia externa) y que se lleve a cabo con «fines concurrenciales» (es decir, que *el acto* –según se desprende del párrafo segundo del citado artículo- *tenga por finalidad* «promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero»). Si dichas circunstancias concurren, el acto podrá ser perseguido en el marco de la nueva Ley.» (énfasis añadido)

La interpretación objetivizada prescinde, por tanto, de la finalidad íntima del sujeto, pero no de la finalidad del acto, que deberá estar orientado, a los ojos de un observador externo, a la promoción de las propias prestaciones o de las de un tercero.

Al igual que en la interpretación finalista subjetiva, en la objetivizada la presunción introducida por el art. 2.2 tiene carácter *iuris tantum*. Por ese motivo, para que se aplique la Ley no llega con probar el hecho base de la presunción –que el acto es objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero–, ya que la presunción puede destruirse. Para hacerlo, el demandado debe crear la convicción en el juzgador de que, a pesar de que el acto es apto para promover o asegurar la difusión de las prestaciones propias o de un tercero, la finalidad del acto, también a los ojos de un espectador externo, es diferente, o bien que, confluyendo fines concurrenciales y no concurrenciales, los primeros quedan desplazados por los segundos, que prevalecen de forma evidente.³⁴

La diferencia con la visión subjetiva no es demasiado acusada, por dos motivos principales.

Por un lado, porque como ya apuntaba Kelsen en una obra clásica, lo que realmente sucede en el “alma” de una persona es inaccesible al Derecho, por lo que cuando una norma recoge entre los elementos del tipo la voluntad o intención u otros procesos mentales, estos han de entenderse, en realidad, como factores meramente externos que el juez puede identificar de forma objetiva y que permiten asumir que han tenido lugar determinados procesos mentales.³⁵

Por otro lado, porque desde un punto de vista práctico la diferencia entre ambas interpretaciones finalistas también queda muy desdibujada desde el momento en que nuestra Ley de Competencia Desleal introduce una presunción de finalidad concurrencial, y lo hace para todos los casos, y no solo para algunos, a diferencia del Derecho alemán.³⁶ Es decir, que la dificultad probatoria con la que se podría topar un demandante que quisiese probar la existencia de una voluntad determinada en el sujeto agente se desvanece desde el momento en que le basta con probar el hecho base de la presunción. Será el demandado el que haya de probar que su voluntad interna fue otra, y pechar con las consecuencias de la dificultad de tal prueba.

³⁴ Recuérdese la jurisprudencia alemana sobre la confluencia de fines concurrenciales y no concurrenciales (v. nota 17).

³⁵ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, pp. 156 y 157.

³⁶ Parte de la doctrina sostiene que debido a la existencia de esta presunción, la cuestión de si es necesario constatar la existencia de una voluntad interna del autor pierde buena parte de su relevancia, ya que al demandante no le resulta necesario probarla. Basta con probar el hecho base de la presunción para que sea el demandado quien se vea en la necesidad de probar que su finalidad era otra. GARCÍA PÉREZ, «El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal», *Derecho de los Negocios*, 200, 2007, pp. 7 ss., p. 12.

A la luz de las consideraciones anteriores, podría pensarse que nos encontramos ante un juego teórico sin consecuencias prácticas. No es así, sin embargo, puesto que existen algunos casos en los que adoptar una u otra postura puede resultar relevante. Podría pensarse en un supuesto, por ejemplo, en el que el autor aportara determinados medios de prueba –como la declaración de testigos– que revelasen que sus intenciones no eran las de promover las prestaciones propias o de un tercero, sino otras (incluso, por ejemplo, la venganza o el despecho).

En este caso, si el tribunal considera las declaraciones de testigos convincentes y adopta la interpretación subjetiva, podría considerar desvirtuada la presunción. Si se aplica la interpretación objetivizada, sin embargo, la prueba dirigida a determinar el propósito íntimo del sujeto debería ser ignorada,³⁷ ya que lo relevante es si, teniendo en cuenta las circunstancias en las que se realiza –o más bien la manifestación o proyección externa de tales circunstancias–, el acto tenía por finalidad la promoción o el aseguramiento de la difusión de las propias prestaciones o las de terceros.

Ejemplo: El odio de un empresario hacia un competidor puede llevarle a publicar un anuncio en prensa haciendo manifestaciones aptas para menoscabar su crédito en el mercado. Su móvil interno puede haber sido la animosidad que siente hacia dicho competidor, y no el deseo de promover sus propias prestaciones. Ello resultará, sin embargo, indiferente, dado que a los ojos de un espectador externo, un anuncio de prensa en el que un competidor denigra a otro es un acto que tiene la finalidad de promover o asegurar la difusión de las prestaciones del empresario que publica el anuncio.

La irrelevancia de la voluntad íntima del sujeto tiene otra consecuencia práctica, y es que existen ciertos actos en los que desvirtuar la presunción se antoja imposible: se trata de los casos típicamente concurrenciales. Valgan como ejemplo los supuestos en los que un empresario promueve en el mercado sus propias prestaciones mediante publicidad: se trata de casos a los que la Ley se aplicará de forma automática, ya que, si prescindimos de la voluntad interna del sujeto y nos atenemos únicamente a la voluntad que trasciende del propio acto, no parece posible destruir la presunción de modo alguno.³⁸ Ahora bien, la existencia de estos actos típicamente concurrenciales no priva de sentido a la interpretación finalista objetivizada –no la convierte en una interpretación objetiva–, porque tales supuestos constituyen solamente una fracción dentro de la panoplia de actos que pueden verse sometidos a la Ley. Los actos típicamente concurrenciales son los «casos fáciles», en los que normalmente la cuestión de la existencia de

³⁷ Señala PERDICES HUETOS que «de nada sirve probar –si es que es posible– que la finalidad exclusiva o determinante de la actuación no fue concurrencial si el hecho típicamente sí lo fue». PERDICES HUETOS, *CCJC*, 42, 1996, pp. 909 ss., p. 918. Ya en 1954 ALEXANDER-KATZ se manifestaba en contra de la admisión de la testifical para demostrar la voluntad interna del sujeto. Lo relevante –señalaba– era la prueba de las circunstancias de las que el Tribunal podría inferir la finalidad del acto. ALEXANDER-KATZ, «Wettbewerbscharakter und Wettbewerbszweck geschäftlicher Handlungen», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1954, pp. 129 ss., p. 132.

³⁸ FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO realiza la siguiente reflexión, con respecto a la STS 1762/2014, Civil, de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2014:1762), (sabotaje de una base de datos): «En realidad, lo cierto es que una vez que el acto de sabotaje se revela objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión de las prestaciones propias o de un tercero (presunción de finalidad concurrencial) no vemos ninguna posibilidad de romper dicha presunción y demostrar que, no obstante la idoneidad del acto, la finalidad era distinta. Esta conclusión, por lo demás, podría extenderse a todos aquellos actos realizados en el mercado por empresarios en el ejercicio de una actividad típicamente empresarial y que resultan objetivamente idóneos para promover o asegurar sus prestaciones o las de un tercero. Tales actos, dada la imposibilidad de romper la presunción, tendrán siempre finalidad concurrencial. Desde un plano teórico, se invierte la carga de la prueba y es el demandado el que ha de demostrar que su acto (objetivamente idóneo) no perseguía una finalidad concurrencial [art. 385.2 LEC]. La pregunta es: ¿cómo?». FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, «Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2014», *CCJC*, 97, 2015, pp. 69 ss., p. 85.

finalidad concurrencial no llega ni a plantearse.³⁹ Es en los «casos difíciles» –normalmente cuando se promueven prestaciones ajenas– cuando la destrucción de la presunción de finalidad concurrencial pasa a un primer plano.⁴⁰

En conclusión, la interpretación finalista objetivizada tiene en cuenta la finalidad del acto, a diferencia de la interpretación finalista subjetiva, en la que lo relevante es la intención del autor del acto. Frente a esta última tiene una ventaja evidente: mientras que la interpretación subjetiva contradice frontalmente la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, la interpretación objetivizada, correctamente interpretada, puede ser conforme a la misma. Entre ambas teorías, por lo tanto, debe gozar de preferencia.

3.3 Interpretación objetiva (efectos del acto)

La interpretación objetiva prescinde tanto de la intención del sujeto agente como de la finalidad objetiva del acto. Lo importante no es la finalidad –ni subjetiva ni objetivizada–, sino los efectos de la conducta. Es la opción seguida por la Ley suiza de competencia desleal, cuya cláusula general prohíbe todo comportamiento engañoso o contrario al principio de buena fe *que influya en las relaciones entre competidores o entre proveedores y clientes*.⁴¹

En Derecho español, una interpretación de este tipo conduciría a afirmar que el acto tiene finalidad concurrencial cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar en el mercado las prestaciones propias o las de un tercero. Con ello se convierte lo que según el texto de la Ley constituye claramente una mera *presunción* de finalidad concurrencial en una verdadera *definición* de finalidad concurrencial, o, si se prefiere, se transforma una presunción iuris tantum en una presunción iuris et de iure.

Para comprender la diferencia entre la visión subjetiva y la objetiva puede ser útil contrastar los siguientes casos, uno resuelto por el Tribunal Supremo alemán (postura finalista) y otro por el Tribunal Supremo suizo (postura objetiva):

Ejemplo 1: En agosto de 1961, poco después de la construcción del muro de Berlín, los editores de varios importantes periódicos y revistas alemanes enviaron una comunicación a todos los quioscos de Hamburgo en la que les solicitaban que cesaran en la distribución de las revistas y periódicos que publicaban la programación de radio y televisión de la zona este, con la amenaza de dejarles de suministrar sus productos si no lo hacían. En la comunicación se razonaba que las emisiones de las cadenas del este se utilizaban para difundir propaganda y para difundir mentiras y calumnias.

La editora de la revista «Blinkfuer» demandó a las empresas responsables de la comunicación, en lo que ahora interesa por contravenir la UWG (Ley contra la competencia desleal). El caso llegó al BGH, que razona que la comunicación es objetivamente idónea para influir en la competencia, por lo que se presume que los demandantes han actuado también con ánimo de competir. Sin embargo, la presunción puede destruirse, ya que a pesar de la influencia objetiva en la posición concurrencial la conducta podría haber venido motivada por otras consideraciones. Esto es precisamente lo que sucede en este caso –afirma el BGH– puesto que la comunicación se realizó con fines exclusivamente políticos. En efecto,

³⁹ En Derecho alemán, HEFERMEHL señala que en ocasiones «el carácter objetivo de un acto de competencia puede ser tan dominante que resulte innecesaria la prueba específica de la finalidad concurrencial. Ello sucederá sobre todo en los típicos actos de competencia entre competidores, en especial cuando se realicen declaraciones denigratorias sobre un competidor». BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht, UWG Einl*, nm. 235, p. 292.

⁴⁰ En esta línea, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, *CCJC*, 97, 2015, pp. 69 ss., p. 85.

⁴¹ Art. 2 de la *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* de 19 de diciembre de 1986.

tanto del momento en que la comunicación se envió –pocos días después de la construcción del muro– como de su texto se desprende que la comunicación tenía por objetivo contrarrestar la propaganda difundida en la zona soviética.⁴²

Ejemplo 2: En un caso resuelto por el Tribunal Supremo suizo, el demandado había distribuido una octavilla atribuida a una asociación ecologista en la entrada de una carnicería. En la octavilla se advertía a los consumidores de que existía la fuerte sospecha de que el consumo de carne podía transmitir a los humanos el mal de las vacas locas, y que esta era una enfermedad idéntica al mortal síndrome de Creutzfeldt-Jakob. El texto finalizaba con el siguiente llamamiento: «¡Come menos carne, en beneficio de los animales, del medio ambiente y de su salud!». El Tribunal Supremo indica que la distribución de las octavillas es apropiada para influir en la competencia, por lo que la UWG resulta aplicable. Sostiene que no es relevante el hecho de que entre el demandado y la asociación ecologista que elaboró las octavillas, por un lado, y el demandante, por otro, no exista una relación de competencia, ni que los primeros no persiguiesen beneficio alguno, sino que se comportasen impulsados por fines idealistas.⁴³

La ventaja de la interpretación objetiva es que es sencilla de aplicar en la práctica, ya que basta con comprobar si la conducta goza de aptitud para promover o asegurar la difusión de las prestaciones propias o de un tercero.⁴⁴ Si goza de dicha aptitud, la finalidad concurrencial existe. Las principales objeciones son, sin embargo, tres.

La primera es que es claramente contraria al tenor literal de la Ley de Competencia Desleal. La Ley en ningún momento declara que existe finalidad concurrencial cuando el acto, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero, sino que señala que, cuando ello se constata, «se presume la finalidad concurrencial del acto»⁴⁵. Es decir, la interpretación

⁴² Sentencia del BGH de 10 de julio de 1963, *Blinkfrier, GRUR*, 1964, pp. 77 ss.

⁴³ Sentencia del Tribunal Federal de 7 de noviembre de 1997, *sic!*, 2/1998, p. 211.

⁴⁴ Es posible que se hayan malinterpretado en ocasiones unas palabras del *Comentario a la Ley de Competencia Desleal* (Civitas, 1999) de MASSAGUER en las que indica que «para que pueda apreciarse la existencia de finalidad concurrencial bastará, y éste es el objeto de la presunción legal, que el comportamiento considerado (y realizado en el mercado) resulte objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero, esto es, objetivamente adecuado para influir en la estructura y procesos del mercado, sea actualmente sea en el futuro» (p. 123). De esta frase parece desprenderse que el autor identifica finalidad concurrencial con la idoneidad objetiva del acto para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero, de tal forma que, satisfecho este requisito, la Ley se aplica. En sus palabras posteriores, sin embargo, se constata que no es así: «deben escapar a la presunción de finalidad concurrencial aquellas conductas que por su naturaleza estén ordenadas a la obtención de los fines (no concurrenciales) propios del sujeto agente y además sean objetivamente idóneas para su obtención, y ello a pesar de que puedan contribuir de forma más o menos directa a mejorar o empeorar la posición competitiva de determinados operadores y a estimular o retraer la contratación de sus prestaciones, a menos que concurran circunstancias que revelan un interés o aprovechamiento propio, sea directo o indirecto, de las consecuencias que la actividad reporta sobre la estructura y relaciones de mercado, o una disconformidad con sus fines aparentes (ad ex. desproporcionada o repetitiva difusión de noticias falsas) (...) Establecida legalmente una presunción construida en los términos objetivos que se han impuesto, y que en particular no integra como elementos ni el carácter excluyente de la finalidad concurrencial ni una intensidad mínima, corresponderá en todo caso a los demandados la prueba de que la conducta enjuiciada es conforme a su finalidad institucionalmente típica; al demandante, la prueba de los hechos que determinan su carácter espurio.» (p. 125). En otro lugar también afirma que la presunción puede desvirtuarse. Para ello, «habrá de demostrarse la ordenación e idoneidad objetiva de la acción considerada para la obtención de los fines (no concurrenciales) propios y típicos del sujeto agente, así como la primacía de estos fines sobre la faceta concurrencial». MASSAGUER, «Competencia Desleal», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, v. I, Civitas, 1995, pp. 1171 ss., p. 1178.

⁴⁵ V. GARCÍA PÉREZ, *DN*, 200, 2007, pp. 7-18, p. 11. Apunta SUÑOL LUCEA que «la simple aptitud de una conducta para promover o difundir las prestaciones propias o ajenas no determina la presencia de fines concurrenciales en la misma, como parecen haber (mal)entendido nuestros tribunales en diversas ocasiones». SUÑOL LUCEA, «Los elementos estructurales que definen la conducta sometida a la Ley de Competencia Desleal», *Revista de Derecho Mercantil*, 284, abril-junio 2012, pp. 181 ss., p. 198.

objetiva prescinde de una presunción que la Ley recoge o –si se prefiere– la convierte en una presunción iuris et de iure, pese a lo dispuesto en el artículo 385.3 LEC⁴⁶ y pese a que tanto el Tribunal Supremo⁴⁷ como la generalidad de la doctrina⁴⁸ entienden que el precepto introduce una presunción iuris tantum de existencia de finalidad concurrencial.

La segunda objeción radica en que la interpretación objetiva contradice la intención del legislador, manifestada en el debate parlamentario en las siguientes palabras del señor Berenguer Fuster, del Grupo Socialista:

«En cuanto a la enmienda del Grupo Popular podría interpretarse que, efectivamente, es difícil concebir que dejen de existir fines concurrenciales fuera del mercado, pero la redacción del proyecto nos parece mucho más clara en tanto en cuanto que marca los dos requisitos –objetivo y subjetivo– que se precisan para que un acto tenga la consideración de competencia desleal: el requisito objetivo, es decir, que tenga trascendencia pública, que se realice en el mercado, y el requisito subjetivo, que tenga los fines concurrenciales. Por tanto, consideramos que es más claro mantener diferenciados ambos requisitos –objetivo y subjetivo– tal y como está en el texto del proyecto y, por consiguiente, votaremos en contra de la enmienda.»⁴⁹

La tercera y última objeción consiste en que la interpretación objetiva amplía sobremanera el ámbito de aplicación de la Ley, ya que existen muchas conductas que son aptas para promover o difundir las prestaciones –especialmente las de un tercero– pero que se realizan con fines extraconcurrenciales.⁵⁰ Este reproche cobra mucha mayor fuerza en la época actual, en la que las redes sociales han difuminado en buena medida el límite entre la esfera externa y la interna. Téngase en cuenta, a este respecto, que la Ley española es tremendamente generosa en cuanto a su ámbito de aplicación, ya que, por una parte, el requisito de que el acto se realice en el mercado apenas restringe la aplicación de la norma, puesto que basta con que la conducta tenga trascendencia externa para que satisfaga el requisito.⁵¹ Y, por otra parte, porque tiene un ámbito

⁴⁶ «3. Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba.»

⁴⁷ STS 1762/2014, Civil, de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2014:1762), FJ 4.

⁴⁸ OTAMENDI, *Competencia Desleal. Análisis de la Ley 3/1991*, p. 112; MASSAGUER, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, p. 124; VÁZQUEZ LÉPINETTE, «Concurrencia en el mercado y cláusula general de competencia desleal: Comentario a la STS 15 abril 1998 (RJ 1998, 2053)», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2, 1999, pp. 301 ss., p. 303; GARCÍA PÉREZ, *DN*, 200, 2007, pp. 7 ss., p. 12; EMPARANZA SOBEJANO, «Artículo 2. Ámbito objetivo», en MARTÍNEZ SANZ (dir.), *Comentario práctico a la LCD*, 2009, pp. 29 ss., p. 34; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «La ampliación del concepto de competencia desleal», en GÓMEZ SEGADÉ/GARCÍA VIDAL (coords.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, 2010, pp. 391 ss., p. 395; SUÑOL LUCEA, *RDM*, 284, abril-junio 2012, pp. 181 ss., p. 209; GARCÍA CRUCES, «Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal. La cláusula general de deslealtad competitiva», en *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, t. II, 2014, 1091 ss., pp. 1157 y 1158; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, *CCJC*, 97, 2015, pp. 69 ss., p. 83, y PALAU RAMÍREZ, «Actos concretos de competencia desleal (I)», en BENEYTO (dir.) *Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal*, 2020, pp. 17 ss., p. 21.

⁴⁹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 1990, 4 de abril de 1990, 67, p. 1826.

⁵⁰ Son varios los autores que destacan que la exigencia de que exista finalidad concurrencial es necesaria para evitar que cualquier acto realizado en el mercado apto para promover las prestaciones propias o de un tercero (o en general para afectar a la competencia) quede sometida a la Ley de Competencia Desleal. V., por todos, EMPARANZA SOBEJANO, en *Comentario práctico a la LCD*, p. 33. En Derecho alemán, v. HEFERMEHL, «Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts», en *Festschrift für H.C. Nipperdey*, 1955, pp. 283 ss., p. 291, y KÖHLER, en BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, § 2, nm. 24.

⁵¹ Véase el preámbulo de la Ley y GARCÍA PÉREZ, *DN*, 200, 2007, pp. 7 ss., pp. 9 ss. La mención del preámbulo de la Ley de que los actos realizados en el mercado son aquellos con trascendencia externa ha llevado a una interpretación amplísima del requisito, que ha perdido el carácter delimitador que en cierta medida tenía en el Derecho alemán. En este no se consideró realizada en el tráfico económico, por ejemplo, la conducta de un agente

subjetivo especialmente amplio,⁵² ya que se aplica a toda persona física o jurídica que participe en el mercado (art. 3), y no solo a los empresarios y profesionales.

El problema es evidente: según la teoría objetiva quedarían comprendidas en el ámbito de la Ley de Competencia Desleal conductas que tienen por objetivo fines medioambientales, políticos, religiosos, de pura crítica, de desahogo, de expresión de repulsa, etc., por el hecho de que sean aptas para promover las prestaciones de terceros en el mercado. Las consecuencias resultarían indeseables. Sin ir más lejos, la Ley de Competencia Desleal se aplicaría al tuit de un particular concienciado por el bienestar animal en el que se critica a una empresa que comercializa huevos de gallinas criadas en jaula, ya que tendría trascendencia externa y sería idóneo para promover las prestaciones de las empresas que comercializan huevos de gallinas criadas en suelo o de corral. O a las valoraciones que los particulares hacen en páginas webs de los productos que adquieren, como por ejemplo, la valoración y reseñas que dejan sobre un artículo, a pesar de que no reciban contraprestación ninguna a cambio y lo hagan con la única finalidad de expresar su opinión personal sobre el producto.⁵³

Una vez diferenciadas las tres posibilidades de interpretación del artículo 2, haremos una breve reflexión sobre la incierta jurisprudencia del Tribunal Supremo y lo exhortaremos a solucionar la situación de incertidumbre jurídica que rodea el precepto. Posteriormente, concluiremos con una propuesta de una metodología para la aplicación del artículo 2 –en lo que a la finalidad concurrencial se refiere– que no sea excesivamente compleja y sea compatible con la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales.

4. El papel del Tribunal Supremo

El artículo 2 es uno de los preceptos más complejos de la Ley de Competencia Desleal, y tal dificultad se refleja sin duda en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Y es que, al margen de sentencias claramente desenfocadas⁵⁴ y oportunidades desaprovechadas⁵⁵, la lectura de los pronunciamientos del Tribunal acerca del ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal no permite extraer unos criterios claros y homogéneos que puedan servir de guía a los tribunales de instancia.

inmobiliario que ofreció en la prensa un inmueble que había recibido hacía varios años por medio de una donación y que formaba parte de su patrimonio privado y no de aquel ligado a su actividad empresarial (sentencia del BGH de 22 de abril de 1993, *Makler-Privatangebot*, GRUR, 1993, pp. 761 ss.). Compárese con la opinión de BERCOVITZ («La competencia desleal», *Derecho de los Negocios*, 20, 1992, pp. 1 ss., p. 6), que señala que una persona que hereda una alfombras y las ofrece en venta queda sometida a la Ley de Competencia Desleal.

⁵² Ya apuntaba este aspecto WIRTH, *Das neue Recht des unlauteren Wettbewerbs in Spanien*, 1996, p. 42.

⁵³ Sobre las reseñas online de bienes y servicios, véase el completo estudio de MIRANDA SERRANO, «Prácticas desleales sobre reseñas online de bienes y servicios», *InDret*, 2, 2023, pp. 155 ss., que pese a su formato de artículo constituye en realidad una breve monografía sobre la materia. En especial, véanse las páginas 181 a 184 y 223 ss.

⁵⁴ STS 2433/1998, Civil, de 15 de abril (ECLI:ES:TS:1998:2433). La sentencia ha recibido severas críticas. Por todos, v. COSTAS COMESAÑA, «El concepto de acto de competencia desleal (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1988, “palomitas de maíz”», *ADI*, 19, 1998, pp. 349 ss.

⁵⁵ STS 5885/2010, Civil, de 22 de noviembre (ECLI:ES:TS:2010:5885), en la que el Tribunal desaprovechó la ocasión de decantarse por una interpretación finalista u objetiva del art. 2, y de fijar un criterio y metodología clara para valorar la existencia de finalidad concurrencial en las declaraciones realizadas en foros de Internet.

Uno de los problemas principales de la jurisprudencia radica en que no articula de forma adecuada la relación entre el hecho base de la presunción (la aptitud objetiva del acto para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero) y el hecho presumido (la existencia de finalidad concurrencial). En consecuencia, no resulta claro si adopta una postura finalista o una estrictamente objetiva.

Esta carencia ya se observa en la primera sentencia en la que el Tribunal Supremo se enfrentó al artículo 2 (*Zardoya Otis*⁵⁶). En ella el Tribunal indica correctamente que la finalidad concurrencial «se presume» cuando el acto se revele idóneo para promover o asegurar la difusión de las prestaciones (interpretación finalista):

«No se ha discutido que el comportamiento imputado a "Z. O., S.A." se realizó en el mercado, ya que evidentemente tuvo trascendencia externa, y lo negado por la recurrente es que se produjera con fines concurrenciales, *que se presumen* (art. 2-2) cuando, por las circunstancias en que se realice el acto, "se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero".» (énfasis añadido)

Sin embargo, posteriormente, el Tribunal realiza un breve razonamiento en el que parece sostener que la finalidad concurrencial existe no porque el hecho base de la presunción se haya constatado y la misma no haya sido desvirtuada por el demandado, sino porque el comportamiento «objetivamente es idóneo, dadas las circunstancias, para promover en el mercado la prestación propia» (interpretación objetiva):

«Pues bien, contrariamente a lo sostenido en el motivo, la finalidad competencial de la carta en cuestión es una realidad que no ofrece duda apreciable; en efecto, lo que "Z. O., S.A." dice lamentar no constituye una simple manifestación de su disgusto o sentimiento por la decisión comunitaria sobre la sustitución de un ascensor encargándosela a otra empresa, sino que atribuye a ésta una menor solvencia y no figurar "como tal en la Delegación de Industria", *lo que objetivamente es idóneo, dadas las circunstancias, para promover en el mercado la prestación propia*, y ello porque se dice también que "estamos a su entera disposición para cualquier tipo de consulta que la Comunidad desee realizar", lo cual, en el contexto, denota un ofrecimiento comercial, a lo que no obsta que el encargo ya se hubiera hecho a la otra empresa, ya que podría incidir en futuras operaciones e incluso trascender a otras personas. Ha de decaer, por tanto, el motivo examinado.» (énfasis añadido)

La misma ambigüedad se aprecia en una de las sentencias más recientes sobre el tema (*Restaurante Karrika*⁵⁷), en la que no está claro si el Tribunal adopta una postura finalista objetivizada o una estrictamente objetiva. El Tribunal comienza con unas palabras en las que descarta que la intención de los agentes sea relevante y parece que se decanta por la interpretación objetiva:

«Al enjuiciar la finalidad concurrencial *resulta innecesario atender a la intención de los agentes. Lo relevante es que, conforme al art. 2.2 LCD, los actos objeto de enjuiciamiento, en atención a las circunstancias en que se realizan, sean objetivamente idóneos "para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero"*.

El apartado 2 del art. 2 LCD "presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero". En la sentencia invocada 170/2014, de 8 de abril, nos referíamos a que "es suficiente que el acto o el comportamiento sea idóneo para influir en la estructura del mercado, perjudique la posición concurrencial de una de las partes, beneficiando objetivamente, al menos de forma potencial, la posición de otros operadores económicos que concurren en este mercado".

⁵⁶ STS 1754/1996, Civil, de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:1996:1754).

⁵⁷ STS 140/2019, Civil, de 29 de enero (ECLI:ES:TS:2019:140).

Y, por otra parte, el art. 3 LCD expresamente advierte que la aplicación de la ley no está supeditada "a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal". Por lo que resulta irrelevante que ninguno de los dos demandados desarrolle una actividad empresarial que entre en competencia con la sociedad demandante.

De tal forma que, conforme a lo expuesto, *lo relevante es si los comportamientos denunciados y acreditados son idóneos para influir en el mercado*, en concreto porque mermen la competitividad de la sociedad demandante en beneficio de sus competidores.» (énfasis añadido)

A pesar de que en el anterior extracto parece que el Tribunal adopta una interpretación estrictamente objetiva –y así lo han interpretado diversos tribunales de instancia⁵⁸–, las dudas persisten. Por un lado, porque el Tribunal cita un extracto de la sentencia de 8 de abril de 2014, que, leído en su contexto, pierde el tajante significado que cobra en el extracto aquí reproducido. En la sentencia original se observa, en efecto, que el Tribunal no estaba definiendo la finalidad concurrencial en sí, sino que se estaba refiriendo al hecho base de la presunción.⁵⁹ Y, por otro lado, porque el Tribunal, tras las contundentes palabras extractadas, parece que, en sintonía con la interpretación finalista objetivizada, descarta la aplicación de la Ley porque el hecho base no se satisface y por ello la finalidad concurrencial no se presume:

«Es cierto que el razonamiento de la sentencia de apelación no es del todo correcto, pues parece que funda la ausencia de finalidad concurrencial en que ninguno de los demandados desarrolla una actividad "destinada a ese mercado de la restauración". Como hemos visto, *cabe presumir la finalidad concurrencial* no sólo cuando se beneficia objetivamente la posición de los propios demandados, autores de los comportamientos, sino también cuando se beneficia la posición de otros operadores económicos que concurren en ese mercado. De ahí que, como hemos advertido antes, no sea necesario que exista una relación de competencia entre los sujetos activos, demandados, y el sujeto pasivo, la sociedad demandante.

⁵⁸ Por ejemplo SAP Madrid, 28, 18 de febrero de 2022 (ECLI:ES:APM:2022:2823), FJ 4, y SJM 1 de San Sebastián, 4 de mayo de 2021 (ECLI:ES:JMSS:2021:6734), FJ 2. Otras resoluciones citan la STS sentencia de 8 de abril de 2014 y la interpretan en clave objetiva (por ejemplo la SAP Barcelona, 15, 19 de junio de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:6119), FJ 4, y el AAP Bilbao, 4, 28 de octubre de 2022 (ECLI:ES:APBI:2022:2098A), ap. 21). La STS de 8 de abril de 2014 ha sido comentada por Fernández Carballo-Calero en *CCJC*, 97, 2015, pp. 69 ss. El autor manifiesta dudas sobre cuál es la doctrina del Tribunal Supremo en esta sentencia. Sus palabras no tienen desperdicio: «El TS, como reflexión inicial, señala acertadamente que: «el párrafo segundo del art. 2 LCD establece una presunción *-iuris tantum-* de lo que debe entenderse, salvo prueba en contrario, por conducta en el mercado con finalidad concurrencial». En este sentido es suficiente que el acto o el comportamiento sea idóneo para influir en la estructura del mercado, perjudique la posición concurrencial de una de las partes, beneficiando, objetivamente, al menos de forma potencial, la posición de otros operadores económicos que concurren en este mercado» (FD 4º).

En este momento, por tanto, parece claro que el TS está analizando la problemática relativa a la presunción de finalidad concurrencial (y de hecho utiliza el conector «en este sentido»). Sin embargo, a continuación, el Alto Tribunal concluye que: «basta que la conducta tenga una aptitud objetiva para incidir, real o potencialmente en el tráfico económico, con tendencia a producir, aunque no se consiga el propósito, lo que se denomina distorsión de la decisión de consumo» (FD 4º).

La duda es: ¿Basta para qué? ¿Para apreciar la presunción de finalidad concurrencial o para apreciar la finalidad concurrencial en sí misma?» (p. 83).

⁵⁹ «El párrafo segundo del art. 2 LCD establece una presunción *-iuris tantum-* de lo que debe entenderse, salvo prueba en contrario, por conducta en el mercado con finalidad concurrencial. En este sentido es suficiente que el acto o el comportamiento sea idóneo para influir en la estructura del mercado, perjudique la posición concurrencial de una de las partes, beneficiando objetivamente, al menos de forma potencial, la posición de otros operadores económicos que concurren en este mercado» (ECLI:ES:TS:2014:1762). Esta sentencia, no obstante, también es ambigua, pues tras afirmar con rotundidad el carácter *iuris tantum* de la presunción, admite a continuación el razonamiento de la sentencia de la Audiencia Provincial, que interpretaba el art. 2 en clave objetiva (SAP Madrid, 28, 20 de marzo de 2012, (ECLI:ES:APM:2012:6046)).

Pero, a pesar de lo anterior, si nos atenemos a las circunstancias del caso, las manifestaciones sobre el cierre del local carecen de relevancia objetiva para potenciar la posición de otros operadores que concurren en ese mismo mercado de la restauración. Estas manifestaciones orales son vertidas en un contexto de conflicto entre socios y con ocasión del juicio de desahucio instado por el propietario del local y socio minoritario de la sociedad que explota el restaurante, sin que hubieran adquirido una especial difusión, ni se hubieran empleado medios para ello. Esto es más claro todavía en el caso de la demandada Cristina, a quien sólo se le imputa una conversación en voz alta sobre el próximo cierre del local.» (énfasis añadido).

Las serias dudas que despierta la jurisprudencia del Tribunal Supremo hacen deseable que el Tribunal fije unas pautas claras sobre la finalidad concurrencial que contribuyan a disipar la inseguridad jurídica actual.

Si el Tribunal opta por una interpretación objetiva –pese a que es claramente contraria al tenor literal de la Ley– debe proporcionar criterios a los tribunales de instancia para afrontar los casos en los que particulares que participan en el mercado promueven las prestaciones ajenas movidos por finalidades no concurrenciales. Porque en una Ley, como la española, que no se aplica simplemente a empresarios y profesionales, sino a cualquier participante en el mercado, y en un momento en que la trascendencia externa de las conductas se ve facilitada por la existencia de Internet, la *vis atractiva* de la Ley de Competencia Desleal sería extraordinaria. Y es que, según la interpretación objetiva, habría que aplicar la Ley –por ejemplo– a un tuit de un particular que critica a McDonalds porque no dispone de hamburguesas veganas y elogia la inclusión de esta opción en los menús de Burguer King. O, incluso, sin tratarse del ámbito no profesional, al crítico de El País Carlos Boyero cuando afirma que cuando ves una película de Almodóvar «lo que observas y lo que oyes te suena a satisfecho onanismo mental»⁶⁰. Es probable, entonces, que la regulación de la denigración en la Ley (art. 9) adquiera una inusitada importancia. El Tribunal Supremo, debería, entonces, proporcionar pautas a los tribunales de instancia para resolver estos casos, en los que la ponderación de los derechos fundamentales en juego ocuparía un lugar central.⁶¹

Si el Tribunal Supremo opta por una interpretación finalista objetivizada –lo que parece mucho más razonable– el Tribunal debería hacer hincapié en la diferencia entre la fase de prueba del hecho base de la presunción y la fase de destrucción de la presunción por el demandado. Necesitamos sentencias que marquen la diferencia entre estas dos etapas para que cale entre los operadores jurídicos. En líneas generales, el Tribunal habrá de razonar por qué el acto es objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. Posteriormente, bastará con afirmar que, presumida la finalidad concurrencial, el demandado no ha desvirtuado la presunción, o bien argumentar por qué la presunción queda desvirtuada. Diferenciar ambas fases es importante para evitar malentendidos.

⁶⁰ [Sobre «Los abrazos rotos», de Almodóvar]: «...los sentimientos pretenden estar en carne viva, pero como si ves llover. Y lo que observas y lo que oyes te suena a satisfecho onanismo mental. Y no te crees nada, aunque el envoltorio del vacío intente ser solemne y de diseño. Y los intérpretes están inanes o lamentables. La única sensación que permanece de principio a fin es la del tedio. Y dices: todo esto, ¿para qué?» (www.elpais.es). La crítica tiene indudable trascendencia externa y puede promover las prestaciones de terceros.

⁶¹ A menudo se olvida la importancia que pueden tener los derechos fundamentales en la aplicación de la Ley de Competencia Desleal. V. las interesantes reflexiones que realiza sobre la incidencia de la libertad de expresión RUBÍ PUIG, «Competencia desleal y libertad de expresión. Comentario a la STS, 1ª, de 3.2.2005 (RJ 1458; MP: Xavier O'Callaghan Muñoz)», *InDret*, 3, 2005, pp. 1 ss., en especial pp. 6 ss.

5. Propuesta de una metodología

En la mayoría de las ocasiones la cuestión de la finalidad concurrencial del acto ni siquiera se suscita, puesto que resulta evidente que el acto la tiene. Para los «casos difíciles» resulta posible establecer una forma estándar⁶² de proceder de las partes en el proceso, dividida en dos fases.

Una primera fase versa sobre la discusión y prueba de la aptitud del acto para promover las prestaciones propias o de un tercero. En esta etapa el demandante debe razonar, con la aportación de la prueba que sea necesaria, que se satisface el hecho base de la presunción del art. 2.2, es decir, que el acto, por las circunstancias en que se realiza, es objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones del demandado o de un tercero. El demandado puede aportar lo que en ocasiones se ha denominado «contraprueba», es decir, que puede llevar a cabo una actividad dirigida a generar en el tribunal la convicción de que la conducta no tiene dicha aptitud para promover las prestaciones, lo que impide aplicar la presunción porque el hecho indicio no se ha constatado.

Si el hecho base de la presunción ha quedado probado, se entra de lleno en una segunda fase protagonizada por la actividad del demandado, que debe razonar, con el sustento probatorio necesario, que no existe, pese a que el hecho base ha quedado constatado, el enlace entre este y el hecho que se presume (art. 385.2 LEC). Es decir, que debe generar en el juzgador la convicción de que, a pesar de que el acto es objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de sus prestaciones o de las de un tercero, el acto, por las circunstancias en que se ha llevado a cabo, tiene otra finalidad diferente.

Las dos fases anteriores merecen algunas precisiones:

1ª FASE:

La presunción del artículo 2 consiste en un enlace establecido por el legislador entre un hecho base (que el acto se revela objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero) y un hecho presumido (que el acto tiene por finalidad promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero⁶³). Probado lo primero, lo segundo se presume, salvo prueba en contrario.

Una interpretación literal de las palabras del legislador conduciría a la conclusión de que encajan en el ámbito de la Ley únicamente los actos orientados a *promover o asegurar la difusión* de las

⁶² Es posible, desde luego –aunque no será habitual en los casos difíciles– que el demandante pruebe la existencia de la finalidad concurrencial a través de cualquier medio probatorio, sin basarse en la presunción, ya que esta facilita la prueba de la finalidad concurrencial, pero no impide que el hecho presumido se pruebe través de otros medios. V., al respecto, MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, *Régimen jurídico de las presunciones*, 2007, p. 108, n. 309 y bibliografía allí citada.

⁶³ Que este es el hecho presumido se desprende del Preámbulo: «Para que exista acto de competencia desleal basta, en efecto, con que se cumplan las dos condiciones previstas en el párrafo primero del artículo 2; Que el acto se «realice en el mercado» (es decir, que se trate de un acto dotado de trascendencia externa) y que se lleve a cabo con «fines concurrenciales» (es decir, que el acto –según se desprende del párrafo segundo del citado artículo– tenga por finalidad «promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero»).

prestaciones.⁶⁴ Sin embargo, esta interpretación literal ha de quedar necesariamente descartada, ya que la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales no establece la exigencia de que las prácticas *promuevan o aseguren la difusión* de las prestaciones para resultar aplicable. Es cierto que la Directiva hace referencia a la promoción de los productos, pero también se aplica a las prácticas directamente relacionadas con la venta o el suministro de un producto, con independencia de que promuevan o aseguren la difusión de las prestaciones o no. El art. 2 de la Directiva, en efecto, señala lo siguiente:

«d) «prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores» (en lo sucesivo «prácticas comerciales»): todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores»

La promoción, como se puede observar, es tan solo una de las posibilidades. La Directiva no la exige en las fases de venta y suministro.⁶⁵ De hecho, existen prácticas del anexo que no tienen por finalidad «promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero». Es el caso, por ejemplo, del número 27 del Anexo («Exigir al consumidor que desee reclamar una indemnización al amparo de una póliza de seguro que presente documentos que no puedan razonablemente considerarse pertinentes para determinar la validez de la reclamación o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos contractuales»). Esta conducta puede, sin duda, redundar en un beneficio para el empresario, pero no está dirigida a «promover o asegurar la difusión de las prestaciones».⁶⁶ Más bien provocará una posible pérdida del cliente, que no volverá a contratar otro seguro con esa compañía.

Si bien es cierto que lo ideal hubiese sido una reforma más profunda del ámbito objetivo de la Ley,⁶⁷ una vez que el legislador ha optado por una transposición de mínimos, solo resta la posibilidad, para asegurar la compatibilidad con la Directiva, de realizar una interpretación muy amplia de la frase «promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero».⁶⁸ Para ello puede recurrirse, adaptándola a las particularidades de nuestro

⁶⁴ Aunque las palabras «promover o asegurar la difusión» se emplean en el art. 2.2 para determinar el hecho base de la presunción, el legislador también las emplea para fijar el hecho presumido, que no es otro, según el Preámbulo de la Ley, que el acto «tenga por finalidad «promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero».

⁶⁵ KÖHLER, «Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken», *GRUR*, 2005, pp. 793 ss., p. 795; EL MISMO, «Unzulässige geschäftliche Handlungen bei Abschluss und Durchführung eines Vertrags», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2009, pp. 898 ss., p. 899, y FRANZKE, Comentario al § 2.1 núm. 2, en BÜSCHER, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 3 ed., 2024, pp. 238 ss., 2 Abs. 1 Nr. 2, nm. 37 y 38, con ulteriores referencias bibliográficas.

⁶⁶ V. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, *CCJC*, 97, 2015, pp. 69 ss., p. 81, con respecto al artículo equivalente de la Ley de Competencia Desleal (art. 31.1).

⁶⁷ Parte de la doctrina consideraba necesario efectuar una reforma más ambiciosa de la Ley de Competencia Desleal de la que finalmente se llevó a cabo, tal y como sucedió en el Derecho alemán. V. GARCÍA PÉREZ, «El ámbito objetivo de aplicación en el Proyecto de reforma de la Ley de Competencia Desleal», en VIERA GONZÁLEZ/ECHEVARRÍA SÁENZ (dirs.), *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, La Ley, 2011, pp. 495 ss., y, EL MISMO, en *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, pp. 323 ss. Para una exposición detallada del problema, con abundante aparato doctrinal, v. CASADO NAVARRO, *Consecuencias negativas de las prácticas desleales contra los consumidores*, 2022, pp. 51 ss.

⁶⁸ Constituye jurisprudencia reiterada que “al aplicar el Derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a tomar en consideración el conjunto de normas de ese Derecho y aplicar los

Derecho, a la definición de finalidad concurrencial que ofreció KNÖPFLE ya en 1966: «un acto tiene finalidad concurrencial cuando tiene por objetivo promover el éxito comercial de un empresario».⁶⁹

Trasladado a las peculiaridades de nuestra Ley, significaría que un acto tiene finalidad concurrencial cuando, por las circunstancias en que se realice, el mismo tenga por finalidad objetiva promover el éxito de su autor o de un tercero en el mercado (aunque sea de forma mínima, ya que la Directiva no establece ningún umbral, y se aplica incluso frente a prácticas aisladas que afecten a un único consumidor⁷⁰).⁷¹ Por coherencia, deberíamos extender a la presunción esta interpretación conforme con la Directiva, de tal modo que la finalidad concurrencial del acto se presumirá cuando, por las circunstancias en que se realice, el mismo se revele objetivamente idóneo para promover el éxito de su autor o de un tercero en el mercado.

Una definición como esta parece lo suficientemente amplia como para ser compatible con la definición de prácticas comerciales desleales de la Directiva, si bien cuando nos movamos en el ámbito de aplicación de la Directiva no estará de más, a modo de red de seguridad, analizar, antes de descartar la aplicación de la Ley de Competencia Desleal, si la conducta constituye una práctica comercial. De ser así, la interpretación deberá ser todavía más generosa. Téngase en cuenta, a este respecto, que, como ha señalado el Tribunal de Justicia, la Directiva define las prácticas comerciales de manera particularmente amplia⁷². Son prácticas comerciales, por ejemplo, las siguientes:

- indicar en un contrato⁷³ de crédito una tasa anual equivalente inferior a la real.⁷⁴

métodos de interpretación reconocidos por este para interpretarlo, en la mayor medida posible, a la luz del tenor y de la finalidad de la directiva de que se trate con el fin de alcanzar el resultado que esta persigue y, por lo tanto, atenerse al artículo 288 TFUE, párrafo tercero” (últimamente, sentencia de 12 de septiembre de 2024, Belgische Staat/Federale Overheidsdienst Financiën y L BV, ECLI:EU:C:2024:73, ap. 84).

⁶⁹ KNÖPFLE, *Der Rechtsbegriff «Wettbewerb» und die Realität des Wirtschaftslebens*, 1966, p. 87, y EL MISMO, «Zum Erfordernis eines Wettbewerbsverhältnisses bei der Anwendung des UWG», *UFITA*, 93, 1982, pp. 25 ss., p. 30.

⁷⁰ Sentencia de 16 de abril de 2015, UPC, C-388/13, ECLI:EU:C:2015:225, aps. 41 ss.

⁷¹ Quedarían comprendidas también aquellas actividades promocionales que pretenden crear una buena imagen de la empresa entre el público de los consumidores, pues promueven el éxito de su autor en el mercado. Señala la doctrina, en interpretación de la Directiva sobre las prácticas comerciales, que este tipo de actividades (como las relaciones públicas y la publicidad corporativa) deben quedar comprendidas en el concepto de práctica comercial de la Directiva. V. TATO PLAZA/FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/HERRERA PETRUS, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, 2010, pp. 36 y 37.

⁷² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de enero de 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft, C-304/08, ECLI:EU:C:2010:12, ap. 36, y sentencia de 9 de noviembre de 2010, Mediaprint, C-540/08, ECLI:EU:C:2010:660, ap. 17.

⁷³ Excede los límites de este trabajo el estudio del complejo problema de la atribución de la condición de práctica comercial a ciertas cláusulas contractuales. Existen en España, no obstante, aportaciones doctrinales muy relevantes al respecto, como, sin ningún ánimo de exhaustividad, la monografía de CASADO NAVARRO, *Consecuencias negativas de las prácticas desleales contra los consumidores*, 2022, o las contribuciones de MIRANDA SERRANO (entre otras, «Prácticas desleales sobre reseñas online de bienes y servicios», *InDret*, 2, 2023, pp. 155 ss., y «Algunas cuestiones controvertidas de las relaciones entre la normativa contractual de consumo y la reguladora de las prácticas desleales contra los consumidores», *LA LEY mercantil*, 110, 2024).

⁷⁴ Sentencia de 15 de marzo de 2012, Jana Pereničová, C-453/10, ECLI:EU:C:2012:144.

- la redacción de un contrato tipo por una compañía de seguros⁷⁵.
- la incorporación al contrato celebrado entre un abogado y su cliente de una cláusula que estipula la imposición a este de una penalidad económica para el caso de que desista por sí mismo del procedimiento judicial que ha encomendado a aquel.⁷⁶
- la comunicación de una información realizada por una empresa a un particular, acerca de la duración de la relación que vinculaba a ambas partes, tras presentar este una solicitud para hacer uso de su derecho a extinguir el contrato de servicios que los unía.⁷⁷

2ª FASE

La presunción que establece el artículo 2.2 es una presunción iuris tantum,⁷⁸ por lo que entra en juego lo dispuesto por el art. 385.2 LEC, según el cual «2. Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción.»

La prueba de la inexistencia del hecho presunto pertenece a la primera fase, ya que, en realidad, si el hecho indicio no queda probado, la presunción no llega a producirse.⁷⁹ A la segunda etapa pertenece la actividad del demandado dirigida a «demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción.» Es decir, la actividad dirigida a probar que, a pesar de que el acto promueve el éxito en el mercado de su autor o de un tercero, la finalidad objetiva del mismo era distinta, y la promoción del éxito de su autor o de un tercero un mero reflejo indirecto, que queda eclipsado ante la finalidad diferente que preside el acto.

El demandado debe, por lo tanto, aportar los razonamientos y pruebas necesarios para crear la convicción en el tribunal de que, a pesar de que el acto promueve el éxito en el mercado de su autor o de un tercero, la finalidad del acto es diferente. «Finalidad del acto», recalcamos, porque recuérdese que la voluntad interna del sujeto agente, su móvil íntimo de actuación, es irrelevante. Lo que debe determinar el tribunal es si, a los ojos de un espectador externo que conoce las circunstancias en las que se realiza el acto, el mismo está presidido por una finalidad

⁷⁵ Sentencia de 2 de febrero de 2023, K.D. contra Towarzystwo Ubezpieczeń Ż S.A., C-208/21, ECLI:EU:C:2023:64, ap. 60.

⁷⁶ Sentencia de 22 de septiembre de 2022, Vicente/Delia, C-335/21, ECLI:EU:C:2022:720.

⁷⁷ Sentencia de 16 de abril de 2015, UPC, C-388/13, ECLI:EU:C:2015:225.

⁷⁸ V. art. 385.3 LEC y notas 47 y 48.

⁷⁹ Afirma SERRA DOMÍNGUEZ que «Si la contraprueba ofrecida tiene éxito, el juzgador no puede aceptar la afirmación base de la presunción, y por consiguiente al faltar el presupuesto necesario para la sumisión del juzgador a la norma de presunción, ésta no produce en el proceso efecto alguno. No ya es eliminada como afirma Hedemann, ni anulada al decir de Rosenberg, la presunción, sino que permanece al margen del proceso, sin haber influido para nada en el mismo. La presunción como actividad intelectual del juzgador no llega a producirse». SERRA DOMÍNGUEZ, *Normas de presunción. En el Código Civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*, 1963, p. 156.

concurrential (promover el éxito en el mercado de autor o de un tercero) o por otra diferente (medioambiental, religiosa, política, etc.).⁸⁰

6. Conclusiones

La presente contribución ha tratado de aportar algo de luz sobre uno de los aspectos más controvertidos de la Ley de Competencia Desleal: la finalidad concurrential como elemento delimitador del ámbito de aplicación de la Ley (art. 2).

En primer lugar, hemos proporcionado un contexto histórico, que muestra que el ámbito objetivo de la Ley no surge en el vacío, sino que incorpora, de manera depurada, la experiencia alemana. Posteriormente hemos expuesto las tres principales posibilidades de interpretación que resultan razonables. Una de ellas, la interpretación finalista subjetiva, ha perdido vigencia, ya que es contraria a la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales. Con respecto a las dos restantes (la finalista objetivizada y la objetiva), hemos expuesto con cierto detalle sus diferencias, ya que sospechamos que buena parte de los malentendidos que tienen lugar en la jurisprudencia proceden de la confusión entre ambas interpretaciones.

Por último, tras un breve repaso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, hemos trazado una propuesta metodológica en la que nos decantamos por la interpretación finalista objetivizada, si bien con una interpretación especialmente amplia para garantizar su compatibilidad con el Derecho de la Unión. Hemos exhortado al Tribunal Supremo, además, a decantarse por una de las posibles interpretaciones y a expresarla de forma clara, en beneficio de todos los operadores jurídicos.

Del artículo se desprende de forma evidente que consideramos que la interpretación más respetuosa con el texto de la Ley y la voluntad del legislador es la finalista objetivizada, y que la interpretación estrictamente objetiva constituye una ampliación excesiva del ámbito de la Ley. El Derecho contra la competencia desleal necesita alguna válvula de escape que permita que determinadas conductas no queden sometidas a sus normas. La finalidad concurrential ha sido históricamente una de esas válvulas. Si se cierra, el sistema se vería sometido a una presión desmedida. El Derecho contra la competencia desleal no puede someter a control todas las conductas de los particulares que influyan de algún modo en el mercado. En un mundo en el que la tecnología ha diluido en buena medida la distinción entre la esfera privada y la pública, los resultados serían indeseables. Ello no quiere decir, por supuesto, que estas conductas no estén sometidas a control jurídico. Serán otras normas, sin embargo, las que deban efectuar dicho control.

7. Bibliografía

ALEXANDER-KATZ, G., «Wettbewerbscharakter und Wettbewerbszweck geschäftlicher Handlungen», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1954, pp. 129 ss.

⁸⁰ En el caso de que concurren finalidades concurrentiales y no concurrentiales, la Ley se aplicará, salvo que las primeras queden claramente eclipsadas por las segundas. Esta es la jurisprudencia tradicional alemana (la jurisprudencia es reiterada; v. por ejemplo la sentencia del BGH de 26 de abril de 1967, *Büchereinachlaß*, *GRUR*, 1968, pp. 95 ss.). V. también la nota 17.

BAUDENBACHER, Carl, «Probleme der Rechtsverfolgung im schweizerischen Recht des unlauteren Wettbewerbs», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International*, 1980, pp. 344 ss.

BAUMBACH, Adolf/HEFERMEHL, Wolfgang, *Wettbewerbsrecht*, 22 ed., C.H. Beck, München, 2001.

BAUMBACH, Adolf/HEFERMEHL, Wolfgang/KÖHLER, Helmut, *Wettbewerbsrecht*, 23 ed., C.H. Beck, München, 2004.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, «La competencia desleal», *Derecho de los Negocios*, 20, 1992, pp. 1 ss.

BÜCHLER, Peter, *Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs und Wettbewerbsverhältnis im UWG*, Esprint Verlag, Heidelberg, 1981.

CASADO NAVARRO, Antonio, *Consecuencias negativas de las prácticas desleales contra los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2022.

COSTAS COMESAÑA, Julio, «El concepto de acto de competencia desleal (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1988, "palomitas de maíz")», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 19, 1998, pp. 349 ss.

EMMERICH, Volker, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, 5 ed., C.H. Beck, München, 1998.

EMPARANZA SOBEJANO, Alberto, «Artículo 2. Ámbito objetivo», en MARTÍNEZ SANZ, Fernando (dir.) *Comentario práctico a la LCD*, Tecnos, Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo, «Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2014», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 97, 2015, pp. 69 ss.

FEZER, Karl-Heinz, «Plädoyer für eine offensive Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in das deutsche UWG», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 7, 2006, pp. 781 ss.

FEZER, Karl-Heinz, «Allgemeine Einführung in das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb», en *Rechtsfragen in Wettbewerb und Werbung*, Boorberg, Stuttgart, München, Hannover, 1982.

FONT GALÁN, Juan Ignacio, «La crisis de la relación de competencia como presupuesto técnico de aplicación de la cláusula general de la competencia desleal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 72, 1986-1987, pp. 231 ss.

FRANZKE, Thomas, Comentario al § 2.1 2, en Büscher, W., *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 3 ed., Wolters Kluwer, Hürth, 2024, pp. 238 ss.

GARCÍA CRUCES, José Antonio, «Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal. La cláusula general de deslealtad competitiva», en GARCÍA CRUCES, José Antonio (dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, t. II, Valencia, 2014, pp. 1091 ss.

GARCÍA PÉREZ, Rafael, «El ámbito objetivo de aplicación en el Proyecto de reforma de la Ley de Competencia Desleal», en VIERA GONZÁLEZ, Jorge/ECHEVARRÍA SÁENZ, Marina (dirs.), *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 495 ss.

GARCÍA PÉREZ, Rafael, «La reforma del Derecho contra la competencia desleal, ¿hacia el derecho de la lealtad? » en GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio/GARCÍA VIDAL, Ángel (coords.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 323 ss.

GARCÍA PEREZ, Rafael, «Nuevo texto de la Ley de Competencia Desleal alemana (UWG): Traducción con anotaciones», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 29 (2008-2009), pp. 699 ss.

GARCÍA PÉREZ, Rafael, «El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal», *Derecho de los Negocios*, 200, 2007, pp. 7 ss.

GOLDMANN, Michael, «Fachausschuss für Wettbewerbs- und Markenrecht», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2005, pp. 1017 ss.

HEFERMEHL, Wolfgang, «Das Prokrustesbett "Wettbewerbsverhältnis"», en *Recht und Wirtschaft heute: Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer*, Stämpfli, Bern, 1980, pp. 345 ss.

HEFERMEHL, Wolfgang, «Entwicklungen im Recht gegen unlauteren Wettbewerb», *Festschrift für Robert Fischer*, De Gruyter, Berlin, 1979, pp. 197 ss.

HEFERMEHL, Wolfgang, «Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts», en *Festschrift für H.C. Nipperdey*, C.H. Beck, München, 1955, pp. 283 ss.

HENNING-BODEWIG, Frauke, «Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International* 2005, pp. 629 ss.

HENNING-BODEWIG, Frauke, «Das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2004, pp. 713 ss.

KELLER, Erhard, Comentario al § 2, en HARTE-BAVENDAMM, Henning/HENNING-BODEWIG, Frauke, *UWG Kommentar*, C.H. Beck, München, 2004.

KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1911.

KNÖPFLE, Robert, «Zum Erfordernis eines Wettbewerbsverhältnisses bei der Anwendung des UWG», *UFITA – Archiv für Medienrecht und Medienwissenschaft*, 93, 1982, pp. 25 ss.

KNÖPFLE, Robert, *Der Rechtsbegriff «Wettbewerb» und die Realität des Wirtschaftslebens*, Carl Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1966.

KÖHLER, Helmut, «Unzulässige geschäftliche Handlungen bei Abschluss und Durchführung eines Vertrags», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2009, pp. 898 ss.

KÖHLER, Helmut, «Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2005, pp. 793 ss.

LINDACHER, Walter F., «Grundfragen des Wettbewerbsrecht», *Betriebs Berater*, 29, 20 de octubre de 1975, pp. 1311 ss.

MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, María Lourdes, *Régimen jurídico de las presunciones*, Dykinson, Madrid, 2007.

MASSAGUER FUENTES, José, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999.

MASSAGUER FUENTES, José, «Competencia Desleal», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, v. I, Civitas, Madrid, 1995, pp. 1171 ss.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, *La competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1988.

MIRANDA SERRANO, Luis María, «Algunas cuestiones controvertidas de las relaciones entre la normativa contractual de consumo y la reguladora de las prácticas desleales contra los consumidores», *LA LEY mercantil*, 110, 2024.

MIRANDA SERRANO, Luis María, «Prácticas desleales sobre reseñas online de bienes y servicios», *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 2023, pp. 155 ss.

OSTERRIETH, Albert, *Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1896.

OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, Juan José, *Competencia Desleal. Análisis de la Ley 3/1991*, Aranzadi, Cizur Menor, 1992.

PALAU RAMÍREZ, Felipe, «Actos concretos de competencia desleal (i): por contrariar las exigencias de la buena fe; por explotación de la reputación ajena; por inducción a la infracción contractual; por violación de normas (arts. 4, 12, 14 y 15 LCD)», en BENEYTO, Killian (dir.), *Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal*, Tirant, Valencia, 2020, pp. 17 ss.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust: (Un ensayo sobre el Derecho alemán de la competencia desleal)», *Revista de Derecho Mercantil*, 159, 1981, pp. 7 ss.

PERDICES HUETOS, Antonio, «Comentario a la STS de 20 de marzo de 1996», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 42, 1996, pp. 909 ss.

RUBÍ PUIG, Antoni, «Competencia desleal y libertad de expresión. Comentario a la STS, 1ª, de 3.2.2005 (RJ 1458; MP: Xavier O'Callaghan Muñoz)», *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*, 3, 2005, pp. 1 ss.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, «La ampliación del concepto de competencia desleal», en GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio/GARCÍA VIDAL, Ángel (coords.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo*

XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 391 ss.

SCHRICKER, Gerhard, «Grenzen des Verbraucherschutzes - Zur Auslegung des Kaufscheinverbots in § 6b UWG», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1975, pp. 349 ss.

SCHÜNEMANN, Wolfgang B., «Einleitung-D», en *UWG Großkommentar*, Walter de Gruyter, 1994, pp. 104 ss.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Normas de presunción. En el Código Civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*, Ediciones Nauta, S.A., Barcelona, 1963.

SOSNITZA, Olaf, *UWG*, § 2, en OHLY, Ansgard/Sosnitza, OLAF, *UWG*, 8. ed., 2023 (base de datos beck-online).

SUÑOL LUCEA, Aurea, «Los elementos estructurales que definen la conducta sometida a la Ley de Competencia Desleal», *Revista de Derecho Mercantil*, 284, abril-junio 2012, pp. 181 ss.

TATO PLAZA, Anxo/FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo/HERRERA PETRUS, Christian, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, 2010.

ULMER, Eugen, «Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International*, 1973, pp. 135 ss.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, «Concurrencia en el mercado y cláusula general de competencia desleal: Comentario a la STS 15 abril 1998 (RJ 1998, 2053)», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2, 1999, pp. 301 ss.

WIRTH, Andreas, *Das neue Recht des unlauteren Wettbewerbs in Spanien*, Carl Heymanns, Frankfurt, Köln, Berlin, Bonn, München, 1996.

Pedro Pérez-Caballero Abad
Universidad de Zaragoza

Sumario

El fabricante de productos de construcción está despertando un interés creciente ante la transformación profunda que experimenta el sector con la progresiva implantación de la edificación industrializada.

La prefabricación modular, el uso de modelos colaborativos, la digitalización de procesos o la aplicación de la inteligencia artificial, entre otras, representan técnicas vanguardistas que permiten obtener una optimización de recursos y estándares de alta calidad en un entorno de trabajo off-site, fuera del emplazamiento de la obra, y que ya están siendo desarrolladas con éxito por algunas de las empresas más pujantes de nuestro país.

Ante este contexto, la actividad del fabricante de productos de construcción se proyecta como un eje vertebrador del futuro de la edificación moderna.

Sin embargo, el tratamiento de la responsabilidad del fabricante por defectos causados por sus productos de construcción ha sido dispar entre la doctrina judicial y, para algunas cuestiones críticas, todavía no existe una jurisprudencia consolidada.

Este trabajo somete a revisión el sistema de responsabilidad legal del fabricante por defectos constructivos en el derecho español y su idoneidad para ofrecer una respuesta adecuada tomando en consideración el papel protagonista que el fabricante está llamado a desempeñar.

Abstract

The manufacturer of construction products is garnering increasing interest due to the profound transformation the sector is experiencing with the progressive implementation of industrialized building. Modular prefabrication, the use of collaborative models, process digitalization, and the application of artificial intelligence, among others, represent cutting-edge techniques that allow for resource optimization and high-quality standards in an off-site work environment, away from the construction site, and are already being successfully developed by some of the most thriving companies in our country.

In this context, the activity of the construction product manufacturer is projected as the backbone of the future of modern building. However, the treatment of the manufacturer's liability for defects caused by their construction products has been varied among court decisions, and for some critical issues, there is still no case law.

This paper reviews the legal liability system of the manufacturer for construction defects in Spanish law and its suitability to provide an adequate response, considering the leading role the manufacturer is expected to play.

Title: *The manufacturer's liability in the age of industrialized construction*

Palabras clave: Responsabilidad civil, defectos constructivos, fabricante, construcción modular, productos defectuosos

Keywords: Civil liability, construction defects, manufacturer, modular construction, defective products

DOI: 10.31009/InDret.2025.i3.05

3.2025

Recepción
03/04/2025

-

Aceptación
05/07/2025

-

Índice

-

1. La transformación del sector: de la construcción convencional a la producción industrial de edificios

2. La responsabilidad contractual y extracontractual del fabricante por daños derivados de defectos de construcción

3. La responsabilidad del fabricante en la LOE

3.1. La caracterización del fabricante de productos de construcción como agente de la edificación

3.2. La controvertida legitimación pasiva del fabricante frente a la acción directa de la LOE

a. El debate sobre el carácter restrictivo o expansivo del círculo de legitimación pasiva

b. La inexistencia de jurisprudencia en el caso particular del fabricante

c. Una propuesta de solución

3.3. La responsabilidad indirecta del fabricante

4. La responsabilidad del fabricante por daños derivados de defectos constructivos en el TRLCU

4.1. La responsabilidad por productos de construcción defectuosos

4.2. La responsabilidad por servicios de construcción defectuosos en viviendas

4.3. La coordinación y compatibilidad de las acciones del TRLCU entre sí, y con las acciones previstas en otras leyes

5. Conclusiones

6. Bibliografía

-

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

1. La transformación del sector: de la construcción convencional a la producción industrial de edificios*

La construcción representa uno de los mayores sectores de la economía mundial, con una inversión anual en los últimos años que se sitúa en torno a los 10 trillones de dólares -lo que equivale al 13% del Producto Interior Bruto global- y con perspectivas de crecimiento. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en otros sectores de actividad, la construcción se ha visto lastrada durante décadas por un problema endémico de escasa productividad¹.

Esa situación de estancamiento productivo podría revertirse en los próximos años si la industria es capaz de aprovechar la oportunidad de profunda transformación que está experimentando en el momento presente y que, según los indicadores, podría dar lugar a un cambio de paradigma mediante el tránsito de los sistemas de construcción convencionales hacia los modelos de construcción industrializada de edificios².

La construcción industrializada abandona el sistema tradicional de ejecución de los trabajos en el lugar de la obra y se orienta hacia la producción *off-site* de los elementos constructivos que componen el edificio, en un entorno controlado fuera del lugar de la obra, de forma automatizada, estandarizada e innovadora.

El sistema está basado, en esencia, en la producción de elementos prefabricados modulares que después se transportan y ensamblan en el lugar de la obra, y su desarrollo se vincula a otras técnicas transformadoras como la digitalización de los procesos de diseño y construcción, la aplicación de la inteligencia artificial y especialmente el uso de herramientas colaborativas como las plataformas BIM³.

* Autor/a de contacto: Pedro Pérez-Caballero Abad (pperezcaballero@unizar.es).

¹ Estas conclusiones se alcanzaron en un exhaustivo estudio de investigación global sobre el sector llevado a cabo por *McKinsey Global Institute* en colaboración con *McKinsey's Capital Projects & Infrastructure Practice* -véase en WOETZEL (2017, 1 y 16)-.

² La construcción industrializada de edificios ha tenido un cierto desarrollo tanto en España como en otros países de nuestro entorno sin haberse llegado a convertir todavía en una tendencia generalizada. Así lo refiere DALE (2022, 9) para el caso de Reino Unido. Sin embargo, tal y como resulta de las exhaustivas investigaciones realizadas por *McKinsey's Capital Projects & Infrastructure Practice* en su informe de 2019 sobre la construcción modular, los indicadores sectoriales y la madurez del mercado hacen pensar que este es el momento para su consolidación a nivel global (BERTRAM, 2019, 17-28).

En España, las conclusiones alcanzadas en el foro “Rebuild” 2024 -uno de los foros nacionales más reconocidos en materia de construcción innovadora- identifican a la edificación industrializada como una de las tendencias que están transformando en la actualidad el sector y pronostica que el 10% de los edificios en el país seguirán este modelo para el año 2030 (véase: <https://www.rebuildexpo.com/estas-son-las-10-tendencias-de-la-construccion-de-2024/>; fecha de última consulta: 2 de febrero de 2025).

³ BIM (“*Building Information Modelling*”) representa una metodología de trabajo colaborativa para la creación y gestión de proyectos de construcción mediante el uso de una plataforma que permite la interacción en tiempo real por parte de todos los agentes que intervienen en él -lo que incluye a proyectistas, contratistas e incluso proveedores-. De esta forma, toda la información del proyecto queda centralizada en un aplicativo digital que es alimentado por todos los operadores.

La relación estrecha y simbiótica que existe entre la construcción *off-site* y las plataformas BIM aparece reflejada con claridad en los trabajos desarrollados en el parlamento del Reino Unido por el *Science and Technology Select Committee* de la *House of Lords* y que se hicieron públicos en 2019 a través de su su informe denominado “*Off-site manufacture for construction: Building for change*” (<https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldsctech/169/169.pdf>).

En España, esta interrelación también se advierte en las conclusiones del foro “Rebuild” 2024 referido *ut supra*.

La aplicación de los métodos basados en la construcción modular permite acelerar los plazos de los proyectos hasta en un 50% y los pronósticos indican que, en el año 2030, el valor de mercado de los sistemas modulares, sólo en la construcción de nuevos inmuebles, podría alcanzar los 130 billones de dólares en Europa y Estados Unidos y suponer un ahorro de costes de hasta 22 billones de dólares⁴.

Los beneficios que la construcción industrializada trae al sector y al conjunto de la sociedad son múltiples. Con ella se logra, como resultado, la construcción de edificios de mayor calidad, la reducción de su coste de producción, una mayor seguridad en el trabajo, una gestión más eficiente de los residuos y un impacto medioambiental más sostenible.

En este contexto, el papel del fabricante de productos de construcción adquiere una dimensión que hasta ahora no tenía. Su función ya no se limita a elaborar materiales de construcción para proyectos desconocidos, sino que ahora adopta un rol relevante en la confección del edificio mediante la producción de los elementos modulares acabados o semiacabados que lo componen, en un sistema de organización funcional interactiva, integrada y coordinada con las tareas de otros agentes.

Esta situación impone una reflexión acerca de si las normas vigentes que regulan la responsabilidad del fabricante por daños derivados de defectos en los productos de construcción ofrecen una respuesta adecuada y suficiente ante la nueva realidad sectorial que se proyecta hacia el futuro.

2. La responsabilidad contractual y extracontractual del fabricante por daños derivados de defectos de construcción

Una primera aproximación al régimen de responsabilidad del fabricante por los daños causados por los productos de construcción obliga a mencionar las categorías generales de la responsabilidad contractual y extracontractual.

Aunque este trabajo no tiene como objeto profundizar en el régimen general de responsabilidad del fabricante conforme a estas categorías⁵, sí considero oportuno referirlo aquí a fin de ofrecer una adecuada sistematización de los diversos títulos de imputación que provee nuestro ordenamiento.

Ciertamente, el fabricante responde de los daños causados por los productos de construcción defectuosos conforme a las normas generales de nuestro sistema en materia contractual y extracontractual. Sin embargo, estas normas generales han presentado tradicionalmente claras limitaciones que, en su día, justificaron la creación de normas especiales de responsabilidad civil que son las que concentrarán nuestro análisis en los apartados que siguen.

⁴ BERTRAM (2019, 1-2, y 5-16). También es preciso advertir que, en los trabajos de investigación llevados a cabo por la Fundación NHBC en el Reino Unido sobre métodos modernos de construcción, un 60% de los operadores del sector encuestados manifestaron que ya estaban utilizando técnicas de construcción modular en sus proyectos o que planeaban usarlos en un futuro (DOBING, HANNA y HUNTER, 2018, 31).

⁵ La responsabilidad del fabricante en la teoría general -contractual y extracontractual-, que ya ha recibido una amplísima atención doctrinal durante décadas, queda fuera del objeto de este trabajo y de su propósito monográfico.

Entre estas limitaciones destacan, por ejemplo, las que derivan del principio de relatividad de los contratos en el ámbito de la responsabilidad contractual⁶ o, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, las vinculadas al criterio de imputación de la responsabilidad por culpa o las que guardan relación con el perentorio plazo de prescripción de la acción⁷.

En el régimen específico de la responsabilidad por producto, veremos⁸ que estas limitaciones se han visto corregidas mediante la creación de normas que establecen la responsabilidad objetiva del fabricante frente a cualquier perjudicado, las cuales hoy tienen su reflejo en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (“TRLCU”).

En el ámbito de la responsabilidad de los agentes de la edificación por daños derivados de defectos constructivos, entre los que cabe incluir los daños causados por productos de construcción defectuosos, la entrada en vigor de la Ley 38/1999, de 15 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (“LOE”) también permitió superar algunas de estas mismas limitaciones y ofrecer una respuesta natural frente a los artificios interpretativos que, hasta entonces, imponía la aplicación de normas puramente contractuales⁹.

En todo caso, es justo señalar aquí que la jurisprudencia más reciente, sin necesidad de recurrir a los regímenes de responsabilidad especial establecidos en las citadas normas, considera que el principio de la relatividad de los contratos del artículo 1257 del Cciv puede verse modulado o matizado en supuestos de contratación con consumidores, de modo que la acción de naturaleza contractual ejercida por el perjudicado puede alcanzar solidariamente al fabricante no firmante del contrato.

⁶ La preexistencia de un contrato es uno de los presupuestos básicos de la responsabilidad contractual (cfr. SSTs, Sala Primera, núm. 31/2015, de 29 de enero de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:192] o núm. 366/2010, de 15 de junio de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:4384]). Ello supone una limitación al ejercicio de la acción por parte de quien resulta perjudicado por un producto de construcción defectuoso pues, generalmente, entre el fabricante del producto y el destinatario final no existe una relación contractual.

⁷ La prueba de la conducta negligente como causa generadora del daño es un presupuesto necesario para el éxito de la acción de responsabilidad extracontractual (por todas, vid. STS, Sala Primera, núm. 1117/2008, de 10 de diciembre [ECLI:ES:TS:2008:6539]). Sin embargo, en el contexto de la construcción de edificios -en cuyo proceso interviene una pluralidad compleja de intervinientes-, resulta extremadamente complicado para el perjudicado, en la práctica, acreditar que el origen causal del daño se encuentra, precisamente, en la existencia de un defecto en un producto de construcción.

Además, el plazo de prescripción de sólo un año para el ejercicio de la acción (artículo 1968, 2º del Cciv) también representa una clara limitación del modelo.

⁸ *Infra*. Apdo. 4.1.

⁹ Antes de la entrada en vigor de la LOE, la responsabilidad de los agentes de la edificación por los daños causados por vicios o defectos constructivos (incluidos los daños causados por productos de construcción defectuosos) encontraba su anclaje en el artículo 1591 del Código civil (“Cciv”) -sistemáticamente ubicado en la regulación sobre el contrato de arrendamiento de obra- y cuya insuficiente dicción para proteger los intereses de los propietarios perjudicados, a quienes se consideraba parte débil en el tráfico, tuvo que ser corregida por el Tribunal Supremo en uno de los mayores ejemplos de una jurisprudencia de intereses en nuestro país. En esta línea, SEIJAS QUINTANA (2000, 94) destaca los beneficios de esta jurisprudencia para la protección de los propietarios y adquirentes, pero también advierte de que supuso una afección a principios tradicionales de nuestro ordenamiento como el de seguridad jurídica, y que conllevó el sacrificio de determinados intereses profesionales carentes de una regulación normativa distinta de la del contrato de obra.

En esta línea, la STS (Sala Primera) núm. 905/2024 de 24 de junio de 2024 [ECLI:ES:TS:2024:3543]¹⁰, reiterando la doctrina contenida en la STS (Sala Primera) núm. 167/2020, de 11 de marzo de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:735], dictada en pleno, señala:

«(...) una interpretación del art. 1257 del Código Civil que respete las exigencias derivadas del art. 8.c) TRLCU y que tome en consideración la realidad del tiempo en que ha de ser aplicado (art. 3 del Código Civil), determina que no sea procedente en estos supuestos separar esos contratos estrechamente conexos mediante los que se articula una operación jurídica unitaria (...).

"18.- Por ello, el fabricante (...) tiene frente al adquirente final la responsabilidad derivada de que el bien puesto en el mercado no reúne las características técnicas anunciadas por el fabricante. Esta responsabilidad es solidaria con la responsabilidad del vendedor, sin perjuicio de las acciones que posteriormente este pueda dirigir contra aquel. Y, consecuentemente, procede reconocer al fabricante (...) la legitimación pasiva para soportar la acción de exigencia de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual (...)».

En relación con la flexibilización del principio de relatividad de los contratos y desde la perspectiva de la legitimación activa, también es relevante la STS (Sala Primera) núm. 494/2022, de 22 de junio [ECLI:ES:TS:2022:2619], que reconoce la existencia de acción a los segundos compradores para exigir responsabilidad por incumplimiento contractual.

Al margen de sus eventuales limitaciones, el régimen general de responsabilidad contractual y extracontractual es compatible con el ejercicio de las acciones previstas en la LOE¹¹ y en el TRLCU¹² a las que nos referiremos a continuación, y su ventaja es que goza de una virtualidad más amplia en cuanto al alcance del resarcimiento del daño en comparación con los regímenes especiales.

De este modo, las acciones generales de responsabilidad permiten que el perjudicado obtenga el resarcimiento de daños no indemnizables conforme a las normas especiales con arreglo al principio de *restitutio in integrum*¹³.

¹⁰ Se debe hacer notar que, en el caso concreto, el fabricante había otorgado una garantía sobre el producto defectuoso -una piscina que presentaba anomalías constructivas-. Entre la doctrina judicial más reciente encontramos un pronunciamiento de signo contrario en un caso en el que el fabricante no otorgó tal garantía. En particular, la SAP Palma de Mallorca de 21 de abril de 2023 [ECLI:ES:APIB:2023:1002], desestima una demanda de un consumidor basada en la responsabilidad contractual del fabricante de un producto que presentaba defectos (un ascensor), precisamente, porque el fabricante no fue parte en el contrato.

Por demás, advertimos que la solución aquí adoptada por el Tribunal Supremo no es diferente de la que se ofrece en el derecho vigente de otros ordenamientos con larga tradición en materia de consumo como el inglés, en el que también está arraigado el principio de relatividad de los contratos (*privity of contract*); en esta línea, BAILEY (2024, 1423-1424).

¹¹ El artículo 17.1 de la LOE establece un sistema de responsabilidad civil especial de los agentes de la edificación “sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales”. Aunque el precepto no lo diga expresamente, también quedan a salvo las eventuales responsabilidades extracontractuales.

¹² El artículo 128 II del TRLCU deja a salvo las acciones de responsabilidad civil contractual o extracontractual que el perjudicado pudiera tener para ser indemnizado por daños o perjuicios. En esta línea, en la doctrina científica, léase a MILÁ RAFEL (2009, 19-20) o a SANTANA NAVARRO (2019, 402).

¹³ Tal y como recuerdan SALVADOR CODERCH y RAMOS GONZÁLEZ (2008, 98-99), bajo el régimen general del artículo 1902 del Cciv rige el principio de reparación integral del daño, a diferencia de lo que ocurre en el sistema de responsabilidad por producto defectuoso, en el que la responsabilidad está tasada cuantitativamente. Los mismos autores (2008, 83) señalan que hay determinados daños, como los causados al propio producto defectuoso, o a otros bienes de uso empresarial o los consistentes en pérdidas puramente económicas, que no quedarían cubiertos por el régimen especial pero sí por las reglas del contrato y de la responsabilidad contractual. Parecidamente, GÓMEZ POMAR (2008, 668-695).

3. La responsabilidad contractual y extracontractual del fabricante por daños derivados de defectos de construcción

La LOE disciplina un régimen de responsabilidad civil especial para la protección de los propietarios de edificios -o parte de éstos si se encuentran en régimen de división horizontal- cuando hubiesen sufrido determinados daños causados por vicios o defectos constructivos.

Desde un punto de vista objetivo, el ámbito de protección de esta norma especial sólo alcanza a los daños materiales causados en el propio edificio¹⁴ -esto es, en la propia cosa dañada-, siempre y cuando tales daños tengan su origen en defectos constructivos y éstos afloran y su resarcimiento se reclame dentro de unos determinados plazos establecidos en la ley¹⁵.

Entre estos daños resarcibles, tal y como veremos, se incluyen específicamente los que hubieran sido causados en el edificio por productos de construcción defectuosos. No obstante, es preciso puntualizar que, bajo este régimen, serán resarcibles los daños causados por productos cuando concorra un vicio o defecto constructivo, pero no toda suerte de incumplimiento contractual o falta de conformidad que pudiera derivar de los productos de construcción adquiridos.

Desde el punto de vista subjetivo, la norma contiene sombras que han alimentado un amplísimo debate doctrinal y judicial, todavía no resuelto, acerca de qué participantes en el proceso de construcción están legitimados pasivamente para soportar la acción de responsabilidad que asiste a los propietarios perjudicados.

Entre las figuras cuya legitimación pasiva ha sido tradicionalmente discutida se encuentra, precisamente, la del fabricante de productos de construcción. Sobre esta cuestión todavía no existe una jurisprudencia consolidada.

En las líneas que siguen defenderé que la realidad sectorial que se impone con el fenómeno de la construcción industrializada obliga a realizar una revisión crítica de las tesis hasta ahora sostenidas por un sector de la doctrina científica y judicial, y propondré razonadamente una propuesta de solución.

3.1. La caracterización del fabricante de productos de construcción como agente de la edificación

¹⁴ No quedan amparados por el ámbito de protección de esta norma otro tipo de daños como, por ejemplo, los daños a edificios colindantes, los daños causados al contenido del inmueble, los daños personales o morales y cualesquiera otros que no tengan la consideración de daño material en el propio edificio. El resarcimiento de tales daños podría ser objeto de reclamación a través de las normas generales en materia de responsabilidad contractual o extracontractual a la que nos referíamos en el apartado anterior o, en su caso, a través de la disciplina de las normas sobre responsabilidad por productos o servicios defectuosos a la que nos referiremos en el apartado siguiente.

¹⁵ El artículo 17.1 de la LOE establece tres plazos de garantía distintos en función de la tipología del defecto (diez años para el caso de los defectos estructurales, tres años para los defectos funcionales o de habitabilidad y un año para el caso de los defectos de acabado). La acción del propietario perjudicado sólo nace si el daño en cuestión aflora dentro de estos plazos. En tal caso, en el momento en el que se exterioriza el daño comienza el inicio del cómputo del plazo especial de prescripción de dos años que establece el artículo 18.1 de la LOE.

El concepto de producto de construcción aparece definido legalmente en el artículo 15.2 de la LOE, que señala que merece tal consideración *«aquel que se fabrica para su incorporación permanente en una obra incluyendo materiales, elementos semielaborados, componentes y obras o parte de las mismas, tanto terminadas como en proceso de ejecución»*.

Tal concepto, por su amplitud, resulta omnicomprendivo. En su tenor tiene cabida desde un material de fabricación simple como el cemento, el ladrillo o el vidrio, hasta la amplia gama de elementos modulares complejos que se producen en la cadena de construcción industrializada¹⁶.

Por su parte, el fabricante de estos productos de construcción también aparece identificado como un agente más de la edificación, dentro del catálogo que establece el capítulo III de la LOE.

Sin embargo, en su caracterización, la LOE identifica al fabricante dentro del grupo de los «suministradores» de producto, junto con el almacenista, el importador y el vendedor (*vid.* su artículo 15.1) y, no en balde, les concede a todos ellos un tratamiento unitario y les impone un régimen de obligaciones indiferenciado¹⁷.

Esta clasificación sistemática del fabricante se alinea con una noción convencional de su papel en el proceso de construcción de edificios, al identificarlo como un agente situado en la cadena remota del proceso productivo cuya actividad -igual que un almacenista o un vendedor de esos productos- se orienta a proveer materiales a una obra cuyo proyecto probablemente desconoce, o le resulta ajeno.

Con el fenómeno de la construcción industrializada este paradigma cambia. Ahora el fabricante ya no se sitúa al final de esa cadena productiva, sino que adopta un papel protagonista en el proceso de construcción, como lógica consecuencia de un nuevo estándar en el que el edificio se produce a través de la composición de elementos modulares en sus propias instalaciones, fuera del lugar de la obra, en un contexto de trabajo integrado y colaborativo con el de otros agentes¹⁸.

Es cierto que la forma de edificar bajo el modelo de la construcción industrializada no es necesariamente uniforme para todo tipo de proyectos, sino que admite una graduación variada. Podrá haber proyectos de construcción industrializada que alcancen a prácticamente todas las fases, y otros proyectos en los que sólo una parte del proceso siga este sistema.

¹⁶ Por ejemplo, tendrían aquí su encaje los paneles prefabricados de fachada o cubierta en distintos materiales, la diversa tipología de unidades volumétricas complejas (estancias o habitaciones equipadas o no), e incluso las estructuras completas acabadas o semiacabadas. Una muestra variada e ilustrativa sobre los distintos tipos de elementos modulares para la construcción puede consultarse en BERTRAM (2019, 8).

¹⁷ El artículo 15.3 de la LOE impone a estos suministradores obligaciones como entregar los productos de acuerdo con la calidad exigida en el pedido y en la normativa sectorial; facilitar, cuando proceda, las instrucciones de uso y mantenimiento de los productos suministrados, así como facilitar las garantías de calidad correspondientes para su inclusión en la documentación de la obra ejecutada.

¹⁸ Resultan interesantes, a estos efectos, las conclusiones que reflejan GIANA y VORNICU (2020, 12) sobre el resultado del congreso celebrado en el 28 de febrero de 2020 en el *Centre of Construction Law* del *King's College* de Londres -sin duda, uno de los foros jurídicos de mayor altura académica sobre esta materia en el mundo-. Dicho congreso versó sobre las implicaciones legales de los métodos modernos de construcción, el desarrollo de proyectos *off-site* y el impacto de la tecnología digital; y en él participaron como conferenciantes figuras destacadas de la industria a nivel internacional. Entre tales conclusiones late la idea de que, ante estos escenarios, el suministrador se involucra en el proceso constructivo a través de modelos colaborativos, como los antes referidos BIM.

En todo caso, lo que parece claro es que la construcción industrializada abre la puerta hacia un espacio que no había sido frecuentado antes por el fabricante, sino más bien por el constructor tradicional¹⁹.

Y esta progresiva aproximación entre la figura del constructor y la del fabricante en cuanto al control sobre la ejecución material de la obra justifica sobradamente, en mi opinión, una reconsideración sobre algunos de los postulados clásicos en materia de responsabilidad del fabricante.

3.2. La controvertida legitimación pasiva del fabricante frente a la acción directa de la LOE

a. El debate sobre el carácter restrictivo o expansivo del círculo de legitimación pasiva

Para abordar el problema de la legitimación pasiva del fabricante en la LOE es preciso explicar que, desde la entrada en vigor de esta norma hace ya un cuarto de siglo, late una controversia doctrinal que todavía no está definitivamente resuelta sobre el alcance subjetivo de la acción directa.

Dicho en palabras sencillas: pervive el debate acerca de si el propietario perjudicado puede dirigir la acción de responsabilidad de la LOE frente a todos los intervinientes en el proceso constructivo, o solo frente a alguno de ellos.

Para la doctrina científica minoritaria²⁰, el propietario perjudicado sólo tiene acción frente a los agentes de la edificación nominados como tales en el capítulo III de la LOE y cuya responsabilidad directa se extrae de su artículo 17. Es decir, básicamente, frente al promotor, constructor, proyectista, director de obra y director de ejecución de obra, y no así frente a otros intervinientes en el proceso de la edificación como podrían serlo el subcontratista, el geólogo, el calculista o el fabricante, cuya responsabilidad sólo podría accionarse por vía de repetición por parte del agente directamente responsable frente al perjudicado y primeramente condenado.

Esta primera corriente doctrinal, por tanto, es partidaria de una tesis restrictiva que concibe el círculo de legitimación pasiva en la LOE como una lista cerrada o de *numerus clausus*.

Para la doctrina científica mayoritaria²¹, el propietario perjudicado tiene acción contra todas las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación, sin limitaciones, tal y como literalmente se desprende de los artículos 8 y 17.1 LOE, con independencia de que estén o no expresamente identificados como tales agentes de la edificación en el catálogo del capítulo III que, para este sector, operaría como una lista no exhaustiva de *numerus apertus*.

¹⁹ Ya comienzan a verse casos en la práctica de sociedades constructoras tradicionales que innovan sus procesos para controlar también la fase de producción *off-site*, lo que les ayudará a evitar quedar relegadas circunstancialmente o en determinados proyectos al rol de meros ensambladores. Lo mismo ocurre, a la inversa, con sociedades que tradicionalmente se han dedicado a la fabricación de elementos prefabricados y que, ahora, desarrollan y completan sus procesos para desempeñar una función más próxima a la de un constructor.

²⁰ SEIJAS QUINTANA (2000, 107-109), SANTOS MORÓN (2001, 343) o GONZÁLEZ POVEDA (2008, 365).

²¹ CASTRO BOBILLO (2001, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe IV), ÁLVAREZ OLALLA (2002, 105), CADARSO PALAU (2003, 1531), LÓPEZ RICHART (2003, 73), GONZÁLEZ CARRASCO (2007, 3 y 7-9), CORDERO LOBATO (2011, 533) y, conjuntamente, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 426 y 433 y ss.), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 210) o MONSERRAT VALERO (2008, 168-171 y 258-261).

En la jurisprudencia la cuestión no está definitivamente resuelta. En los últimos años, el Tribunal Supremo ha dictado una serie de sentencias en las que ha afrontado esta cuestión en relación con la figura del subcontratista de obra, y en virtud de las cuales parecían haberse impuesto las tesis restrictivas que hasta ahora habían sido defendidas por la doctrina científica minoritaria.

Así, en sus sentencias núm. 510/2014, de 19 de enero de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:831], núm. 141/2018, de 14 de marzo de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:859] y núm. 553/2018, de 9 de octubre de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:3467], el Tribunal Supremo negó la posibilidad de que el propietario perjudicado pudiera dirigirse directamente frente al subcontratista bajo el régimen de la LOE²² al tomar en consideración, entre otras razones, el hecho de que éste no aparecía mencionado entre los agentes de la edificación identificados como tales en el capítulo III de la ley.

Sin embargo, en su sentencia núm. 529/2020 -dictada en pleno- de 15 de octubre de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:3233], el Tribunal Supremo le reconoció al gestor de proyectos (*project manager*) la condición de agente de la edificación a pesar de que tal figura no aparece mencionada en la LOE, lo que reabrió la posibilidad de interpretar que el concepto de agente es amplio y permeable²³.

Por lo anterior, puede afirmarse que la jurisprudencia ha arrojado claridad sobre algunas de las figuras cuya legitimación pasiva había sido tradicionalmente discutida como, particularmente, la del subcontratista y la del *project manager*.

Sin embargo, esta misma jurisprudencia, por el tratamiento diferenciado que ofrece en unos y otros casos, no permite extraer conclusiones generales ni categóricas y, en consecuencia, el estado de la cuestión sobre la mayor o menor amplitud del círculo de legitimación pasiva en la LOE permanece abierto.

b. La inexistencia de jurisprudencia en el caso particular del fabricante

A diferencia de lo que ha ocurrido en el caso de otros agentes de la edificación, el Tribunal Supremo todavía no se ha pronunciado sobre la posibilidad que asiste al propietario perjudicado para accionar directamente contra el fabricante bajo el régimen de la LOE²⁴.

²² Esta misma postura ya había sido anticipada en la STS núm. 624/2008 de 3 de julio de 2008 [ECLI:ES:TS:2008:3808] en un pronunciamiento *obiter dictum* al que no le resultaba de aplicación la LOE sino, por razón del tiempo en el que se ejecutó la obra en aquel caso, el régimen del artículo 1591 del Cciv.

²³ Esta doctrina se apoya en la flexibilidad que permite el tenor del artículo 8 de la LOE cuando establece que “*son agentes de la edificación todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación*”. Es preciso indicar, no obstante, que esta jurisprudencia asume una noción casuística del *project manager* que queda condicionada en cada supuesto por sus concretas atribuciones contractuales. Un análisis detallado sobre la doctrina que contiene esta sentencia y sus implicaciones lo abordamos en ECHEVARRÍA DE RADA y PÉREZ-CABALLERO ABAD (2020, 139-146).

²⁴ No desconocemos el contenido de la STS de 11 de noviembre de 2023 [ECLI:ES:TS:2023:4669], que razona sobre las reglas de imputación de responsabilidad por mala calidad de los materiales en la obra. Dicha sentencia trata sobre el deslinde de responsabilidades entre el proyectista y el director de ejecución de obra, aunque entre sus pronunciamientos *obiter dicta* desliza algunos argumentos que guardan relación con la cuestión aquí tratada. Entre ellos, la resolución señala que cuando los productos fueran defectuosos respondería el constructor y el suministrador conforme al artículo 17.6 III LOE, puntualizando que el primero lo haría por un hecho atribuible al segundo (responsabilidad por hecho ajeno).

Con carácter general, la doctrina científica²⁵ se ha mostrado favorable a la posibilidad de que el perjudicado pueda dirigir su acción frente al fabricante, pero la práctica de los tribunales se mantiene ciertamente dividida sobre esta cuestión.

Entre los pronunciamientos que se alinean con la doctrina científica mayoritaria se encuentra el de la SAP Murcia de 10 de noviembre de 2011 [ECLI:ES:APMU:2011:2538], que admite expresamente la legitimación pasiva del fabricante de productos de construcción. Dice así:

«Bien aludido se encuentra el art. 15 de la ley especial para decidir la responsabilidad de esta primera apelante, que ahora se ratifica y que ella misma admitió en su día, como se menciona por dos veces en la sentencia recurrida al escrutar el juez a quo la prueba documental de las actoras.

Finalmente, también es necesario confirmar el rechazo de la interpretación que la apelante realiza del art. 17 de la LOE, que en modo alguno contiene un elenco cerrado, a modo de *numerus clausus*, de responsables del proceso constructivo, cuando de su texto y de las normas que lo circundan se desprende con nitidez que cualquier interviniente en tal cometido (agentes de la construcción) ha de responder ante los dueños del edificio de los incumplimientos contractuales, o incluso de los no pactados, que produzcan una ruina, aun funcional, al propio edificio. (...)

Se remarca en el tercero de los motivos de alzada de esta primera apelante la inviabilidad de las acciones ejercitadas por la parte actora, basadas en la LOE y dirigidas contra el fabricante y suministrador del producto.

Sin que se dude de la aplicación al supuesto enjuiciado de la ley 38/99, de 5 de noviembre, no puede compartirse, por lo ya expresado, que el apartado 1. de su tan mencionado art. 17 excluya de responsabilidad a la empresa que fabricó y sirvió los materiales defectuosos para edificar (...)».

En esta misma línea razonan la SAP Palma de Mallorca de 4 de julio de 2013 [ECLI:ES:APIB:2013:1563], la SAP Córdoba de 1 de junio de 2012 [ECLI:ES:APCO:2012:558] y la SAP Madrid de 14 de enero de 2005 [ECLI:ES:APM:2005:215]; y también, más recientemente, la SAP Madrid de 15 de noviembre de 2023 [ECLI:ES:APM:2023:17505], aunque, en este último caso, en un pronunciamiento *obiter dictum*²⁶.

Sin embargo, en contra de este criterio se encuentra una pluralidad significativa de resoluciones que deniegan la posibilidad de que el propietario perjudicado pueda demandar con éxito al fabricante de productos de construcción bajo este régimen, al considerar que, cuando los daños en el edificio se deben a los defectos en los materiales, entonces debe accionarse frente al promotor o al constructor, que son quienes responden (por hecho ajeno) ante tales situaciones.

La sentencia, por tanto, trata la cuestión sólo tangencialmente y mediante pronunciamientos que no vienen referidos al objeto principal de enjuiciamiento, por lo que, en suma, no ofrece una pauta interpretativa clara para resolver el problema que aquí nos ocupa.

²⁵ Vid. *supra*, nota al pie 21 y, más precisamente, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (2000, 425), LÓPEZ RICHART (2002, 10), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 248), MONSERRAT VALERO (2008, 199-200), CORDERO LOBATO (2011, 534) e, igualmente, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 439).

²⁶ La sentencia considera que no habría obstáculo en admitir la legitimación pasiva del suministrador de productos (en el caso, tuberías de poliuretano); no obstante, rechaza la viabilidad de la acción en el supuesto particular al entender que las obras en cuestión -que lo eran de ingeniería y no propiamente de edificación- no entran dentro del ámbito de aplicación objetiva de la LOE.

Así se expresan las SSAP Barcelona de 3 de febrero de 2015 [ECLI:ES:APB:2015:701] y Murcia de 18 de noviembre de 2008 [ECLI:ES:APMU:2008:1637], que contienen ambas este mismo razonamiento:

«Otra cosa es que los propietarios o terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos que, conforme al artículo 17.1LOE, tienen la legitimación activa para ejercitar las acciones de responsabilidad contra los agentes de la construcción, carecen de toda acción directa contra el suministrador de los productos, de forma que deben dirigirse contra el promotor (artículo 17.3) o constructor (artículo 17.6) en el caso de daños materiales por vicios o defectos de construcción. Si se produce esta reclamación por parte de los propietarios y es aceptada o es condenado el promotor o constructor a su pago, estos tendrán derecho de repetición contra el suministrador de los materiales, en virtud del propio contrato de suministro o compraventa y de acuerdo con lo previsto en el artículo 17.6.3ºLOE».

En esta misma línea razonan otras sentencias como las SSAP Barcelona de 28 de noviembre de 2017 [ECLI:ES:APB:2017:12781] o de 25 de febrero de 2011 [ECLI:ES:APB:2011:3062]; y la SAP Madrid de 15 de marzo de 2019 [ECLI:ES:APM:2019:3191], que dice:

«el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación limita el círculo de personas responsables y solo considera como tales al constructor, promotor, proyectista, director de obra y director de ejecución, excluyendo a las entidades y laboratorios de control de calidad de la edificación y a los suministradores de materiales».

Por lo que ha tenido de novedosa en cuanto a sus razonamientos, también merece la pena destacar el razonamiento de la SAP Zaragoza de 23 de septiembre de 2020 [ECLI:ES:APZ:2021:2341], que ha considerado que el fabricante de productos de construcción se coloca en una situación equivalente a la del subcontratista y, extrapolando la jurisprudencia existente para esta figura, niega la posibilidad de que el perjudicado plantee acción directa frente a aquel²⁷. Dice así:

«La LOE en su art. 15 atribuye al suministrador la condición de agente de la edificación, si bien en su art. 17 no le atribuye de modo unívoco acción contra el mismo al dueño de la obra o subadquirente de la misma. (...)

Frente a una jurisprudencia que mantenía el carácter de *numerus apertus* de los agentes de la edificación frente a los que el propietario podía ejercitar las acciones de responsabilidad previstas en la LOE, particularmente con relación al subcontratista, la reciente jurisprudencia del TS ha zanjado esta cuestión denegándola. (...)

Sin embargo, no conoce esta Sala de pronunciamientos equivalentes para el suministrador de productos, máxime si se trata de elementos modulares que se aplican en la construcción de manera usual y con una determinada y concreta calidad.

Así, estima este tribunal que la solución para los suministradores ha de ser la misma que para los subcontratistas (...).

²⁷ Decimos que esta sentencia fue novedosa por haber sido la primera que razonó sobre la equivalencia entre la situación del fabricante y la del subcontratista a efectos de su legitimación pasiva en el régimen de la LOE. También resulta interesante esta misma sentencia por cuanto deja constancia de la inexistencia de jurisprudencia sobre esta materia al tiempo de dictarse, tal y como se hace constar en el fragmento extractado.

Y, por lo que tiene de peculiar, también es destacable la SAP Navarra de 15 de junio de 2021 [ECLI:ES:APNA:2021:939], que rechazó la acción directa del perjudicado contra el suministrador de productos de construcción, pero bajo un planteamiento de naturaleza contractualista, diferente al que, en general, han sostenido las resoluciones antes citadas.

En aquel caso, la sala argumentó que el suministrador no goza de legitimación pasiva cuando ha sido contratado por un subcontratista de obra -puesto que, si el perjudicado no goza de acción directa contra el subcontratista de acuerdo con la jurisprudencia, con mayor razón carece de acción contra el suministrador contratado por aquel-. La resolución sostiene que la solución habría sido diferente si el suministrador hubiera sido contratado por el constructor, en cuyo caso habría podido apreciar una responsabilidad solidaria entre ambos agentes. Dice así:

«En el régimen de LOE, el suministrador de materiales es agente de la edificación, pero la legitimación pasiva respecto del promotor propietario no tiene un ámbito coextenso con el concepto de agente de la edificación.

Siendo el suministrador del producto deudor solidario del agente responsable como constructor frente a la propiedad, cabe lógicamente que se accione contra el suministrador que fue contratado por dicho constructor, pero habiendo sido contratado por un subcontratista o interviniente de ulterior grado en la obra, según es el caso, no existe solidaridad con un legitimado pasivo, y no caben las acciones del promotor directamente contra ese suministrador. (...)

Si la subcontratista Impercast no puede legitimarse pasivamente por la propietaria del hotel edificado, tampoco el suministrador del producto a dicha mercantil, y quien pudiera reclamar esta responsabilidad es Construcciones Flores. De esta forma, como en el caso Rollgum fue contratada por la subcontratista Impercast, y no se elucida la responsabilidad de Construcciones Flores, aunque aquella suministradora sea agente de la edificación, no está legitimada pasivamente respecto de la demanda de la promotora, Palacio Castillo de Gorraiz».

La ausencia de jurisprudencia en esta materia, por tanto, no se ve suplida por la certidumbre de una doctrina judicial unánime, ni mucho menos. Muy al contrario, tal y como puede apreciarse con el análisis de la muestra de sentencias que hemos referido -y que representan ejemplos de pronunciamientos dictados a lo largo y ancho de nuestra planta judicial durante largo tiempo-, existen pronunciamientos claramente contradictorios que dan soluciones distintas ante un problema común.

c. Una propuesta de solución

La indeseable situación de inseguridad jurídica en el tratamiento de esta cuestión se ha arrastrado durante demasiado tiempo y, en el momento presente, con la progresiva implantación de los métodos modernos de construcción y el fenómeno de la construcción industrializada, la necesidad de una solución es urgente e insoslayable.

Así, en un contexto en el que el fabricante de productos de construcción adquiere una función absolutamente crítica dentro del proceso de construcción, no puede suceder que persista la incertidumbre acerca de si el propietario perjudicado puede articular frente a él el sistema de protección que dispensa la LOE cuando afloran daños materiales en el edificio como consecuencia del empleo de productos defectuosos.

Entre los escasos estudios doctrinales que han abordado el fenómeno de la construcción industrializada desde la perspectiva del derecho español, algún autor²⁸ ha propuesto soluciones *de lege ferenda* de manera que, mediante una reforma de la LOE inspirada en los principios del TRLCU, el fabricante pase a tener una responsabilidad objetiva frente al usuario o comprador.

Aunque convengo en que, idealmente, la solución óptima debería consistir en una reforma legislativa, esta propuesta doctrinal no me convence por diversos motivos.

En primer lugar, la creación de un sistema de responsabilidad objetiva del fabricante en la LOE - al modo en que ahora ya podría tenerlo el promotor inmobiliario- representaría un incremento de su riesgo, de los recursos dedicados a evitar su materialización (mediante la contratación de pólizas de seguro adicionales, por ejemplo) y, con ello, de los precios de los productos y de las prestaciones del fabricante que, siguiendo la teoría económica, terminarían por repercutirse al destinatario final.

En segundo lugar, la creación de un sistema de responsabilidad objetiva del fabricante en el sistema de la LOE no debería suponer una reforma autónoma o parcial, sino que debería llevar aparejada también una revisión y, en su caso, nueva distribución de todas las obligaciones y responsabilidades de cada agente para establecer un adecuado balance entre las que cada uno debe soportar.

En tercer lugar, tampoco me convence la idea de orientar nuevos esfuerzos legislativos hacia una redacción de la LOE con el espíritu del TRLCU por dos razones: por un lado, porque ese enfoque ya es patente y se tuvo en cuenta al redactar la norma, tal y como se desprende de su exposición de motivos²⁹; y, por otro lado, porque la LOE no se contrae a la protección de los propietarios de viviendas -que son quienes, en puridad, podrían tener la condición de consumidor-, sino que su protección alcanza a todo tipo de edificaciones, incluidas las de uso puramente industrial o empresarial, y aquí nos resulta menos justificada una distribución de riesgos equivalente para todo tipo de edificio y de destinatario.

No obstante, sí parece necesaria una reforma legislativa de alcance más amplio puesto que la LOE es una norma antigua que, en materia de responsabilidad, se basa en un modelo convencional de construcción y, por ello, merece ser revisada para ajustarse a los estándares modernos y para establecer un adecuado equilibrio entre el reparto de riesgos que cada agente debe asumir, incluidos aquellos que no aparecen expresamente identificados en la norma a pesar de su intervención habitual en nuestros días³⁰.

Entre tanto, la urgencia de la situación impone la necesidad buscar una solución práctica al problema y, para ello, existen mecanismos suficientes en nuestro ordenamiento para lograr encontrarla sin forzar la letra de la ley.

²⁸ CUENCA LÓPEZ (2014, 167).

²⁹ El preámbulo de la LOE señala que uno de los motivos que justifican la promulgación de la norma es “*el compromiso de fijar las garantías suficientes a los usuarios frente a los posibles daños, como una aportación más a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*”.

³⁰ Entre ellos, por ejemplo, el antes aludido *project manager*.

En tal sentido, sería un avance muy significativo si el Tribunal Supremo sentase jurisprudencia ante la inexistencia de pronunciamientos al respecto -a pesar de la antigüedad de la norma- y ante la disparidad de criterios que existen entre las distintas audiencias provinciales.

En mi opinión, esa solución jurisprudencial consistiría en interpretar, en sintonía con las tesis de la doctrina científica mayoritaria, que la acción de la LOE permite al propietario perjudicado dirigirse contra todas las personas físicas o jurídicas que participan en el proceso de la construcción con fundamento la exégesis flexible de los artículos 8 y 17.1 de la LOE.

Esta perspectiva, favorable a la interpretación del círculo de legitimación pasiva de la LOE como una lista abierta de agentes de la edificación (*numerus apertus*) es coherente con los razonamientos que el propio Tribunal Supremo utilizó en su STS núm. 529/2020 de 15 de octubre de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:3233], para el caso del *project manager*.

Tal y como avanzábamos más arriba, en esta sentencia el Tribunal Supremo declara que lo que atribuye al gestor de proyectos la condición de agente de la edificación es su encaje dentro del concepto amplio que regula el artículo 8 de la LOE. Además, la sentencia considera que, a través de esta figura, se desempeñan en el proceso de obra actividades típicamente atribuidas a otros agentes como el promotor o incluso la dirección facultativa, en cuanto a la toma de determinadas decisiones de relevancia en el proceso edificatorio, o respecto de otras labores de control y vigilancia. Desde esta perspectiva, el *project manager* es caracterizado como un agente de la edificación en tanto que participa de funciones propias de otros agentes.

Esta interpretación favorable a la interpretación amplia del círculo de legitimación pasiva, además, es la que mejor se acomoda a la exégesis gramatical de la norma conforme a los preceptos antes citados, y también a su verdadera finalidad (interpretación teleológica), teniendo en cuenta que, tal y como se desprende de la exposición de motivos de la LOE, la ley tiene un propósito tuitivo de los intereses del perjudicado.

Por demás, esta misma interpretación es la que mayor respeto dispensa al principio de economía procesal, pues permitiría enjuiciar de forma unitaria las reclamaciones que pudieran asistir al perjudicado frente a toda la cadena plural de agentes que han intervenido en la edificación, sin que se aprecien razones de suficiente peso para limitarle la posibilidad de demandar al fabricante quien, además, en el contexto de la construcción industrializada, podrá resultar considerado con mayor frecuencia como el responsable último y definitivamente condenado por el acontecimiento dañoso.

En este sentido, no encontramos suficiente explicación para impedir la posibilidad de que el perjudicado pueda reclamar desde un inicio a quien podría ser el responsable último del daño, máxime cuando la propia LOE articula mecanismos como el previsto en su disposición adicional 7ª cuyo propósito es habilitar la intervención provocada de terceros en el proceso para simplificar las reclamaciones que se producen ante escenarios complejos de legitimación pasiva en el contexto de la construcción.

Entre las soluciones que ofrece el derecho comparado advertimos impulsos recientes en esta dirección como, singularmente, el que resulta de la *Building Safety Act 2022* en el Reino Unido³¹. Esta norma impone una responsabilidad legal sobre el fabricante y sobre el suministrador de productos de construcción defectuosos en relación con inmuebles de uso residencial, y permite al perjudicado la posibilidad de reclamarles directamente una indemnización por daños personales, daños a la propiedad y pérdidas económicas cuando la vivienda resultase inhábil para su uso³².

3.3. La responsabilidad indirecta del fabricante

Al contrario de lo que sucede con su responsabilidad directa, la responsabilidad indirecta del fabricante no ha sido objeto de especial polémica entre la doctrina.

El artículo 17.6 III de la LOE presenta una inteligencia comprensible³³ y no da lugar a especiales problemas interpretativos para concluir que el propietario perjudicado tiene acción contra el constructor (y éste a su vez, por vía de repetición, frente al fabricante que queda así sujeto a un régimen de responsabilidad indirecta) para resarcirse por los daños causados en el edificio como consecuencia de defectos derivados de productos de construcción deficientes.

La atribución de responsabilidad al constructor por los productos defectuosos cumple la función de evitar que el perjudicado, para lograr su resarcimiento, se vea en la tesitura de tener que dirigirse frente al sujeto o sujetos originalmente causantes del daño ante escenarios de especial dificultad para su identificación³⁴.

La responsabilidad directa del constructor no encuentra su fundamento en la culpa a pesar de que el precepto anuda el nacimiento de su responsabilidad a una concreta conducta («*adquirir*» o «*aceptar*»³⁵ unos productos que, a la postre, resultan defectuosos).

Desde esta perspectiva, el constructor no podrá oponer que desplegó toda la diligencia que le fue exigible como causa de exoneración de un daño con origen en el material defectuoso, puesto que

³¹ Esta ley fue promulgada como parte de la respuesta que el gobierno británico ofreció ante el incendio de la Torre Grenfeld de Londres el 14 de junio de 2017. La referencia detallada sobre el alcance, presupuestos e implicaciones de la ley en el ordenamiento jurídico del Reino Unido puede consultarse en BAILEY (2024, 1444-1446).

³² BAILEY (2024, 1445).

³³ En su literalidad, el precepto dice: “*Asimismo, el constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar*”.

³⁴ En esta línea, GONZÁLEZ POVEDA (2001, 264 y 2008, 357) sostiene que lo que supone el precepto es impedir que el constructor pueda pretender eximirse de responsabilidad tratando de desviar la responsabilidad hacia los suministradores o fabricantes de los productos. También MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 241-242) apunta que la finalidad del artículo 17.6 III LOE es la de favorecer al perjudicado y evitar que éste tenga que identificar al suministrador.

³⁵ “*Aceptar*” un material o producto de construcción no lleva aparejada la iniciativa en su selección e introducción en el proceso de la edificación, como ocurre con el término “*adquirir*”. Diversos autores han señalado que la incorporación a la obra de un producto puede entenderse tácitamente aceptada por un constructor cuando no consta su oposición. En esta línea, DEL ARCO TORRES Y PONS GONZÁLEZ (2003, 573), LÓPEZ RICHART (2002, 7-8), CORDERO LOBATO (2011, 525-526) y CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 432).

su responsabilidad será exigible cuando, con independencia de esa diligencia³⁶, haya adquirido o aceptado ese material.

Así, el precepto establece un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno del constructor, cuando menos en parte³⁷, lo que justifica que el último inciso del artículo 17.6 III LOE conceda una específica acción de repetición.

Ahora bien, la razón de ser de esta norma, por medio de la cual se establece la responsabilidad por hecho ajeno del constructor respecto del fabricante de productos de construcción, impone una reflexión en el contexto de la construcción industrializada.

El sentido de la norma se comprende fácilmente desde la perspectiva de la construcción tradicional y desde el propósito afirmado de proteger los intereses del propietario perjudicado; sin embargo, ya no se comprende tan fácilmente desde el punto de vista de un adecuado reparto de riesgos entre los agentes de la edificación.

En un modelo en el que el fabricante de productos controla y toma parte importante en el proceso de construcción, desplazando incluso en algunos casos el papel que hasta ahora tenía el constructor (quien podría quedar relegado en algunos casos a ser un mero montador), no parece razonable que deba ser este último quien responda por los hechos que causalmente le son imputables a aquel.

No obstante, más allá de justificar una reforma legislativa que permita ofrecer una respuesta más natural ante el fenómeno de la construcción industrializada, el vigente artículo 17.6 III LOE es claro en cuanto al mecanismo de la responsabilidad indirecta del fabricante por daños causados en el edificio por productos de construcción defectuosos.

4. La responsabilidad del fabricante por daños derivados de defectos constructivos en el TRLCU

Nuestro ordenamiento también contempla la responsabilidad del fabricante en el TRLCU desde una aproximación diferente y más amplia que la que hemos visto en el apartado anterior.

El TRLCU es una norma publicada en el año 2007 en la que se refunden y sistematizan leyes que comenzaron a entrar en vigor a partir de los años ochenta del pasado siglo y que, en lo que al tema aquí tratado se refiere, tienen su origen en la Directiva 85/374/CEE.

³⁶ Tampoco es relevante que el material haya sido colocado por el propio constructor o por cualquier otro agente de la edificación, tal y como observan ARNAU MOYA (2004, 251), CORDERO LOBATO (2011, 525-526) y CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 432).

³⁷ La doctrina científica admite que éste es un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno, como así puede apreciarse en LÓPEZ RICHART (2002, 10), ARNAU MOYA (2004, 251), ORTÍ VALLEJO (2014, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe III.2.6), MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, 240 y 2015, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe 2.6.b.6.B.d) o GONZÁLEZ POVEDA (2008, 356-357), autores estos dos últimos que introducen la idea de que el constructor conservará una parte de responsabilidad por hecho propio en aquellos casos en los que, debiendo comprobar la adecuación del material conforme a su *lex artis*, no los rechazase por defectuosos.

Por su parte, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (2000, 19) matiza la clasificación del precepto como un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno cuando puntualiza que, siempre que el control de la calidad de los materiales corresponda al contratista -lo que entiende que sucederá en aquellos casos en los que no se tengan que seguir especiales instrucciones del resto de agentes-, no estaríamos ante tal categoría.

Como es natural, debido a la antigüedad de la norma y a su larga tradición, los fundamentos de la responsabilidad del fabricante en este régimen han sido ampliamente tratados en la doctrina y en la jurisprudencia española y comunitaria, por lo que las líneas que siguen no pretenden abundar de forma superflua en cuestiones que ya han recibido suficiente atención.

Nuestro propósito, más modesto, consiste en examinar este régimen de responsabilidad en el concreto supuesto de la fabricación de productos de construcción defectuosos y someterlo a evaluación ante el contexto de la edificación industrializada, tomando en consideración, además, que se han publicado disposiciones normativas muy recientes en el ámbito de la Unión Europea que influirán sobre el objeto analizado como, fundamentalmente, la nueva Directiva (UE) 2024/2853, de 23 de octubre de 2024³⁸, sobre la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, que derogará y sustituirá a la anterior Directiva 85/374/CEE; y también el Reglamento (UE) 2024/3110 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2024³⁹, por el que se establecen reglas armonizadas para la comercialización de productos de construcción.

Lo anterior nos obliga a introducir la cuestión recordando que el vigente TRLCU no es una norma exclusiva o específicamente orientada a regular la responsabilidad del fabricante de productos de construcción, pero contiene hasta tres pasajes⁴⁰ que tienen impacto sobre su actividad en el proceso de la edificación dentro del libro tercero relativo a la «responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos».

Así puede apreciarse, (i) en primer lugar, cuando indica que el concepto legal de producto comprende los bienes muebles incorporados a inmuebles en el artículo 136 TRLCU; (ii) en segundo lugar, cuando se refiere a los servicios defectuosos de rehabilitación y reparación de viviendas en el artículo 138 TRLCU; y, (iii) finalmente, cuando extiende el régimen de responsabilidad de dicho precepto a los supuestos de construcción o comercialización de viviendas en el artículo 149 TRLCU.

³⁸ Esta directiva (en adelante, la “Directiva (UE) 2024/2853”) ha sido publicada en el DOUE de 18 de noviembre de 2024 y deberá ser traspuesta a los ordenamientos nacionales de los estados miembro antes del 9 de diciembre de 2026, tal y como se establece en su artículo 22.

³⁹ Este Reglamento ha sido publicado en el DOUE de 18 de diciembre de 2024, y sustituye al Reglamento (UE) 305/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, por el que se establecen condiciones armonizadas para la comercialización de productos de construcción y se deroga la Directiva 89/106/CEE del Consejo.

La norma tiende hacia las prácticas sostenibles y a la digitalización del sector de la construcción con la finalidad de reducir el impacto ambiental. Además, fomenta el reacondicionamiento y reutilización de materiales y desarrolla el conocido como pasaporte digital de productos, facilitando el acceso a información detallada sobre sus características.

En la actualidad, se están tramitando en España trabajos parlamentarios para desarrollar mediante Real Decreto diversos aspectos específicos que requieren de desarrollo nacional como, por ejemplo, el régimen sancionador, el proceso de notificación de los organismos o las reglas que se deben aplicar para los productos de construcción que no están sujetos al reglamento europeo. Además, se pretende también actualizar diversa reglamentación nacional de productos de construcción que ha quedado obsoleta y que debe ser revisada, actualizada o derogada. Puede consultarse la memoria del análisis normativo de este proyecto de Real Decreto aquí: https://industria.gob.es/_layouts/15/HttpHandlerParticipacionPublicaAnexos.ashx?k=70531.

⁴⁰ Aparecen oportunamente identificados por PARRA LUCÁN (2015, consultado en versión electrónica, sin números de página, comentario del artículo 149) cuando se refiere a las tres menciones de este libro tercero relativas a bienes inmuebles.

Para ofrecer una sistematización ordenada, me referiré a la primera cuestión apuntada en el siguiente epígrafe 4.1., relativo a la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos, y abordaré la segunda y tercera cuestión en el epígrafe 4.2., relacionada con la responsabilidad por servicios.

4.1. La responsabilidad por productos de construcción defectuosos

El TRLCU sujeta al fabricante a un régimen de responsabilidad por los daños causados por sus productos que tiene naturaleza objetiva, de modo que quedará obligado a indemnizar siempre que se produzcan tales daños con independencia de que entre las partes exista un contrato y del grado de diligencia desplegado en el proceso de fabricación.

El carácter objetivo de esta responsabilidad está expresamente reconocido y afirmado en los considerandos de la Directiva 85/374/CEE, por lo que su naturaleza no es objeto de controversia en nuestros días. Sin embargo, merece la pena recordar que este carácter objetivo de la responsabilidad es el resultado de un proceso de evolución histórica perfectamente comprensible que hunde sus raíces en el derecho del *common law*, en cuyas jurisdicciones se experimentó con mayor adelanto el tránsito de un modelo de comercialización de productos en forma artesanal sujeto al principio de relatividad de los contratos (*privity rule*) hacia ese sistema de responsabilidad objetiva, como respuesta a la producción en masa de productos de consumo tras la Revolución Industrial⁴¹.

Tanto la doctrina científica⁴² como la jurisprudencia⁴³ han tratado ampliamente el carácter objetivo de esta responsabilidad en nuestro ordenamiento. Entre sus pronunciamientos más recientes sobre esta cuestión resulta claro el de la STS núm. 105/2021, de 1 de marzo de 2021 [ECLI:ES:TS:2021:758], que dice:

⁴¹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (1974, 48-59), SALVADOR CODERCH, PIÑEIRO SALGUERO y RUBÍ PUIG (2002, 42-49) tratan magistralmente esta evolución. Estos últimos autores explican cómo la todavía vigente Directiva 85/374/CEE recibió una tradición jurídica, presente en sus trabajos preparatorios y en su proyecto, cuyo origen se encuentra en el desarraigo del *common law* respecto del principio de eficacia relativa de los contratos. El principio de eficacia relativa de los contratos con consumidores está fundado en la doctrina sentada en el caso inglés *Winterbottom v. Wright* [152 Eng. Rep. 402 (ex. 1842)]. El paradigma cambió con el caso norteamericano *MacPherson v. Buick* [111 N.E. (N.Y. 1916)], que desgajó la responsabilidad del fabricante para pasar al campo de la responsabilidad por negligencia. Los autores apuntan que el hecho de que este drástico cambio se produjese en los Estados Unidos de Norteamérica tiene su sentido histórico, pues si bien Inglaterra había sido pionera en la Revolución Industrial, el consumo en masa surgió hacia mediados del siglo XX en dicho país. Con posterioridad, el caso *Escola c. Coca Cola Bottling Co. Of. Fresno* [150 P.2d 436 (Cal. 1944)] contuvo un voto particular del juez Roger J. Traynor en el que se defendió la aplicación de un sistema de responsabilidad objetiva por la fabricación de producto, y cuyo criterio luego se impuso en la mayor parte de las jurisdicciones estatales norteamericanas a partir de casos significativos como *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* [161 A.2d (N.J. 1960)] y *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.* [377 P.2d 897 (Cal. 1963)]. Esta tradición jurisprudencial fue codificada en el artículo 402 del *Restatement of Torts Second* de 1965 norteamericano, que después tuvo su impacto en los trabajos preparatorios de la directiva europea.

Con referencia a esta jurisprudencia, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (1974, 59) expone cómo, en su evolución diferenciada, el derecho norteamericano llegó a nuevas metas a través de una jurisprudencia dinámica, mientras que el derecho británico permaneció anclado durante más tiempo en los límites estrechos de la *negligence*.

⁴² PARRA LUCÁN (2014, 203), SALVADOR CODERCH y RAMOS GONZÁLEZ (2008, 40 y 76-81) o PUGA PÉREZ (2023, 19-20).

⁴³ Vid. SSTS núm. 105/2021, de 1 de marzo de 2021 [ECLI:ES:TS:2021:758], y núm. 495/2018, de 14 de septiembre de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:3145]. Y, entre la doctrina judicial más reciente, véase también la SAP Barcelona de 16 de octubre de 2024 [ECLI:ES:APB:2024:12512], SAP Gerona de 27 de septiembre de 2024 [ECLI:ES:APGI:2024:1916] o SAP Cantabria de 2 de septiembre de 2024 [ECLI:ES:APS:2024:1318].

«La obligación del fabricante de resarcir de manera directa al consumidor final los daños causados por sus productos es una responsabilidad objetiva exigible al margen de cualquier relación contractual y basada en el carácter defectuoso del producto».

Como ha sido observado por algunos autores, ese carácter objetivo de la responsabilidad del fabricante no consta expresamente indicado en el artículo 135 del TRLCU, pero se desprende de su tenor en el que ninguna mención se hace sobre el criterio de la culpa civil⁴⁴. Ello justifica que, a diferencia de lo que sucede con el régimen general y con el de la LOE, la norma introduzca una limitación cuantitativa de la responsabilidad⁴⁵.

La legitimación pasiva del fabricante⁴⁶ para soportar este riguroso régimen de responsabilidad se ha justificado desde una perspectiva social y económica del derecho al subrayarse que es éste quien está en mejores condiciones para controlar el proceso de producción, y quien mejor puede maximizar el beneficio de un seguro, al estar en una posición idónea para trasladar y dispersar su coste entre los compradores a través del precio de sus productos⁴⁷.

En lo que se refiere a la noción legal de fabricante contenida en el artículo 138 del TRLCU, puede decirse que admite una virtualidad amplia en la medida en que queda comprendido desde el productor de materias primas hasta el de un producto terminado, incluyendo a los que hubieran intervenido en la confección de cualquier elemento integrado en ese producto acabado.

⁴⁴ Lo hacen notar SALVADOR CODERCH y RAMOS GONZÁLEZ (2008, 76-81) quienes también apuntan que el carácter objetivo de la responsabilidad se extrae de la exposición de motivos de una de las leyes refundidas por la norma, la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. Ello supondrá que, en un eventual proceso judicial sobre la responsabilidad por producto, las partes no discutirán sobre la infracción de un deber de cuidado, sino sobre la existencia del daño, su alcance y la relación causal con el defecto del producto. Apostillan estos autores que, pese a la responsabilidad objetiva que diseña la norma, existen causas de exoneración tal y como se desprende del artículo 140 del TRLCU. En la misma línea, PUGA PÉREZ (2023, 19-20). Precisamente por la configuración de estas causas de exoneración YZQUIERDO TOLSADA (2022, 272-273) ha apuntado hacia la posibilidad de que esta normativa contenga una suerte de sistema híbrido entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad subjetiva.

⁴⁵ La responsabilidad por producto no sigue el principio de *restitutio in integrum*, sino que tiene un límite cuantitativo mínimo o franquicia, y otro máximo por daños en masa causados por productos idénticos que presenten un mismo defecto (artículo 141 del TRLCU).

⁴⁶ Los artículos 135 y 138 del TRLCU establecen la legitimación pasiva del fabricante, pero no la limitan sólo a él. La responsabilidad que se predica respecto de los “productores” también alcanza a los importadores en la Unión Europea de un producto terminado, de cualquier elemento integrado en él y de materias primas. En un segundo grado, si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto a menos que, en un plazo de tres meses, indique al perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera facilitado el producto defectuoso (artículo 138.2 del TRLCU). El proveedor, además, será responsable como si fuera el productor en el caso de que haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto, sin perjuicio de la posibilidad de repetir frente al fabricante (artículo 146 del TRLCU).

Con la nueva Directiva (UE) 2024/2853 el alcance subjetivo se ve ampliado en su artículo 8 a otras figuras como a las plataformas *online*, a los fabricantes de componentes que estén integrados o interconectados con el producto, o a los representantes autorizados del fabricante, entre otros.

⁴⁷ Lo explica bien RUIZ MUÑOZ (2004, 39-41) con referencia a la Directiva 85/374/CEE. Y, además, valora favorablemente el hecho de que sea al fabricante a quien se impute esta responsabilidad y no al mero distribuidor porque, sin una razón que lo justifique, ello supondría una desproporción que amenazaría la supervivencia de la red de pequeños y medianos distribuidores. En este mismo sentido, YZQUIERDO TOLSADA (2020, 267-268) recuerda que sería contrario a la normativa estatal que se estableciera la responsabilidad del distribuidor al mismo nivel que la del fabricante, de modo que la ley nacional no puede transferir al suministrador la responsabilidad objetiva propia del fabricante, aunque pueda hacerlo sobre otras bases (cfr. STJUE, Sala Primera, de 9 de febrero de 2006, asunto C-127/04, caso *O’Byrne c. Sanofi Pasteur* y STJUE, Gran Sala, de 2 de diciembre de 2009, asunto C-358/08, caso *OB c. Aventis Pasteur*; y, en la jurisprudencia española, STS núm. 448/2020 de 20 de julio de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:2492], dictada en pleno).

Ello obliga a hacer una reflexión sobre el alcance subjetivo en el ámbito de la construcción industrializada de edificios. Conforme a este modelo, no habría especiales problemas interpretativos para entender que tienen la condición de fabricante aquellos que intervienen en la producción de los elementos modulares (o cualquiera de sus componentes) que conforman el edificio y que luego se transportan al lugar de la obra.

La cuestión que surge es si podría considerarse que el constructor, cuando ensambla, ajusta, mezcla o finaliza en obra un elemento prefabricado semielaborado, debería ser también considerado como fabricante de ese elemento modular que, con su actuación, sería considerado como un producto definitivamente terminado.

De ser así, el fenómeno de la construcción industrializada estaría generalizando la apertura hacia un campo más amplio en cuanto a la legitimación pasiva permitida por la norma, lo que ofrecería una nueva dimensión en la aplicación de la norma en el sector. Ello, además, guardaría coherencia con una realidad histórica y sectorial en la que se difuminan los contornos de las actuaciones del constructor y del fabricante ante el nuevo paradigma, tal y como antes hemos apuntado.

Profundizando en esta línea, la Directiva (UE) 2024/2853 identifica como sujeto responsable al operador que modifica sustancialmente un producto, actuación que comprende la creación de un nuevo riesgo o el incremento de uno preexistente, lo que podría dar lugar a que, en el contexto de la edificación industrializada, la contribución del constructor al resultado final pudiera quedar incardinada dentro de la órbita de la norma⁴⁸.

En cuanto a la legitimación activa, la norma no restringe la posibilidad de demandar a quienes no fueron parte en el contrato⁴⁹ ni tampoco a perjudicados que no tienen la condición de consumidor o usuario, aunque los daños materiales resarcibles estén sujetos a la limitación que impone el artículo 129.1 del TRLCU, al quedar circunscritos a los que afecten a bienes o servicios privados⁵⁰.

Este último punto nos introduce en una de las cuestiones de mayor interés para nuestro ámbito de estudio. Tal y como se desprende del artículo 136 del TRLCU, los bienes inmuebles no tienen la consideración de producto a los efectos de la ley⁵¹; sin embargo, sí que se reputa como producto cualquier bien mueble, incluso aquellos que estén unidos o incorporados a un bien inmueble.

⁴⁸ El artículo 4.18 de la Directiva (UE) 2024/2853 define la “modificación sustancial” del producto. De esta definición se desprende que, cuando las normas nacionales o de la Unión en materia de seguridad de los productos no establezcan ningún umbral sobre lo que debe considerarse una modificación sustancial, se entenderá por tal la que “cambie el rendimiento, la finalidad o el tipo originales del producto, sin que dicho cambio se haya previsto en la evaluación inicial de riesgos del fabricante” y la que “cambie la naturaleza del peligro, genere un nuevo peligro o aumente el nivel de riesgo”.

⁴⁹ SALVADOR CODERCH y RAMOS GONZÁLEZ (2008, 40).

⁵⁰ Tal y como señala GÓMEZ POMAR (2008, 671-672), el ámbito de protección del TRLCU va más allá de la noción habitual de consumidor y no resulta relevante que el adquirente no fuera el usuario final del producto. En este sentido, los daños personales padecidos por un empresario o profesional, o por un empleado suyo, serían indemnizables bajo la norma. En la misma línea, PUGA PÉREZ (2023, 16-17) señala que cualquier persona puede obtener la reparación por el daño causado por la falta de seguridad del producto, aunque tal protección quede debilitada en lo que se refiere a daños materiales de uso privado por vía del artículo 129.1 del TRLCU. Parecidamente, SANTANA NAVARRO (2019, 402).

⁵¹ Para SEUBA TORREBLANCA (2008, 124-125) ello encuentra su explicación tradicional en que ya existen leyes específicas en nuestro ordenamiento que cubren este ámbito de daños como, entre otros, la LOE. El mismo autor nos recuerda que se planteó la posibilidad de su inclusión, pero que el dictamen del Comité Económico y Social

El concepto legal de producto, por tanto, no comprende los bienes inmuebles por naturaleza, pero sí los bienes inmuebles por destino y los bienes inmuebles por incorporación en los términos del artículo 334, 3º y 4º del Cciv⁵².

El alcance de este concepto legal, que ya resultaba amplio en el contexto de la construcción tradicional, puede resultar prácticamente omnicomprendivo en el contexto de la construcción industrializada de edificios. En esta línea, algún autor ha señalado que, en el ámbito de la edificación industrializada, salvo la cimentación del edificio (que resultaría ser el inmueble por naturaleza al que se anclan los productos de construcción) todo su alzado podría ser entendido como una pluralidad de productos potencialmente defectuosos en el sentido de la norma⁵³.

No obstante, a pesar de la amplia dimensión que el concepto de producto puede alcanzar en el ámbito de la edificación industrializada, lo cierto es que el propio régimen legal relativo al daño indemnizable está sujeto a importantes restricciones prácticas en lo que se refiere a productos de construcción.

Así, por una parte, la responsabilidad del fabricante no se concibe como una responsabilidad absoluta por riesgo (esto es, por el mero hecho de poner productos en circulación en el mercado), sino que es preciso que el producto en cuestión sea defectuoso por no ofrecer la seguridad que cabría legítimamente esperar.

En este sentido, el artículo 137 del TRLCU establece la definición legal de producto defectuoso como *«aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsto del mismo y el momento de su puesta en circulación»*. Además, el segundo inciso del precepto indica que un producto será defectuoso en todo caso cuando no ofrezca la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie⁵⁴.

En la nueva Directiva (UE) 2024/2853 el concepto de defecto se ve ampliado al introducirse en su artículo 7 criterios adicionales que, más allá de la seguridad del producto, alcanzan también a la

sobre el Libro Verde no recomendó que se incluyera este ámbito de cobertura (puede consultarse el Libro Verde en su publicación en el DOCE núm. C, 117, de 26 de abril de 2000, pág. 3, apdo. 3.9).

⁵² El artículo 334, 3º del Cciv se refiere a los denominados bienes inmuebles por destino como *“todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto”*; y el artículo 334, 4º del Cciv se refiere a los denominados bienes inmuebles por incorporación como *“las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo”*.

La nueva Directiva (UE) 2024/2853 ofrece una amplitud todavía mayor al concepto legal de producto cuando, en su artículo 4.1, lo define como *“cualquier bien mueble, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a un bien inmueble o interconectado con estos; incluye la electricidad, los archivos de fabricación digital, las materias primas y los programas informáticos”*.

⁵³ Lo expone CUENCA LÓPEZ (2014, 167). Una idea similar se aprecia en PUGA PÉREZ (2023, 15) cuando sugiere que un edificio es una gran variedad de bienes muebles adecuadamente ensamblados cuya defectuosidad puede ocasionar daños.

⁵⁴ Para SALVADOR CODERCH, PIÑEIRO SALGUERO y RUBÍ PUIG (2002, 53-59) existen tres clases distintas de defecto: el defecto de fabricación en sentido propio (cuando difiere de su diseño pretendido), el defecto de diseño (que tiene lugar cuando la serie completa es defectuosa por haber sido mal ideados o proyectados) y el defecto en las instrucciones o en las advertencias (cuando estas son inadecuadas o insuficientes). Los autores consideran que el primer tipo de defecto cae dentro de la órbita de la responsabilidad objetiva del fabricante, pero existen matices en los otros dos tipos de defecto que los aproximan al estándar de responsabilidad por negligencia.

sostenibilidad, la conformidad con las expectativas del consumidor o determinados estándares de calidad.

Por otra parte, tal y como avanzábamos, el artículo 129.1 del TRLCU limita el daño resarcible (i) a los daños personales causados por los productos de construcción, incluida la muerte, y (ii) a los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado⁵⁵. Además, el artículo 142 del TRLCU añade que no será indemnizable el daño material causado en el propio producto defectuoso⁵⁶.

En lo que a daños materiales se refiere, por tanto, el TRLCU protege sólo los daños causados “*por*” el producto (y no “*en*” el producto), y sólo alcanza a bienes de naturaleza privada, esto es, a los que se usan o consumen en un ámbito ajeno a la actividad profesional.

Por demás, debe tenerse en cuenta que la posibilidad de reclamar el daño está constreñida por los dos límites temporales que establecen los artículos 143 y 144 del TRLCU. El primero establece un plazo especial de prescripción de tres años para el ejercicio de la acción, a contar desde que el perjudicado sufrió el perjuicio y siempre que se conozca al responsable, mientras que el segundo establece un plazo de diez años para la extinción de la responsabilidad⁵⁷, a contar desde la fecha en la que se hubiera puesto en circulación el producto causante del daño a menos que, durante ese periodo, se hubiera iniciado la correspondiente acción judicial⁵⁸.

Por tanto, puede considerarse que el sistema de responsabilidad por producto es coherente y adecuado para dirimir la responsabilidad del fabricante por los daños causados por productos de construcción defectuosos, incluso en el contexto de la construcción industrializada, en la medida en que contiene reglas de imputación de responsabilidad que son acordes con las funciones de control que éste ejerce sobre el proceso productivo y con el reparto y balance de riesgos entre las partes implicadas.

⁵⁵ Estos criterios no se suprimen con la nueva Directiva (UE) 2024/2853, pero debe hacerse notar que el artículo 6 amplía el concepto de daño resarcible al incluir los relacionados con datos, *software* y servicios digitales defectuosos. Ello tiene impacto, especialmente, para los usuarios de servicios digitales.

⁵⁶ Según apunta PARRA LUCÁN (2011, consultado en versión electrónica, sin números de página, epígrafe XI.3), la razón por la cual el legislador dejó fuera de la protección de la norma el resarcimiento del daño causado al propio producto se encuentra en que los autores de la Directiva consideraron que ese tipo de daños debían quedar sujetos a la responsabilidad contractual del vendedor del producto. En este sentido, los daños por productos defectuosos son y deben permanecer ajenos a los problemas que afectan a los intereses contractuales, tal y como apunta la autora.

Para GÓMEZ POMAR (2008, 668-669), el motivo de la exclusión se encuentra en que el resarcimiento por el daño al propio producto es objeto de una serie de remedios como, por ejemplo, los generales ante el incumplimiento, la garantía legal por defectos del artículo 1484 y siguientes del Cciv, la garantía por falta de conformidad en la venta de bienes de consumo del artículo 114 y siguientes del TRLCU o las garantías contractuales.

⁵⁷ Siguiendo a PARRA LUCÁN (2015, consultado en versión electrónica sin número de página, comentario del artículo 144), este no es un plazo de caducidad ni de garantía, sino un plazo legal para el ejercicio de la acción. En la misma línea, PUGA PÉREZ (2023, 21).

⁵⁸ Estos plazos de tres años para la prescripción y diez años para el ejercicio de la acción se mantienen en la Directiva (UE) 2024/2853, pero la norma introduce una excepción a este último en su artículo 17.2. De este modo, cuando el perjudicado no haya podido interponer una acción en el plazo de diez años debido a la latencia de una lesión corporal, la pérdida del derecho para el ejercicio de la acción se producirá al vencimiento de un plazo de veinticinco años, a menos que se haya interpuesto con anterioridad una acción contra un operador económico considerado como responsable con arreglo al artículo 8 de la misma directiva.

Por las razones apuntadas, es previsible que, con el fenómeno de la construcción industrializada, se produzca un incremento de la casuística en la práctica de los tribunales tendente a exigir el resarcimiento de daños frente a los fabricantes de productos de construcción. A ello contribuye, igualmente, la subsistencia de la incertidumbre acerca de la posibilidad de que el perjudicado pueda ejercer frente al fabricante la acción directa que prevé la LOE, como consecuencia de la ausencia de una jurisprudencia consolidada en la materia y la existencia de doctrina judicial contradictoria entre las audiencias provinciales.

No obstante, este sistema sigue siendo incompleto para dirimir su responsabilidad por los daños causados por productos para la edificación, puesto que, como hemos visto, existen importantes limitaciones para la restitución del perjudicado a la posición en la que se encontraba antes de sufrir el daño -lo que, por otro lado, es razonable teniendo en cuenta que el TRLCU no tiene por objeto el resarcimiento integral de daños causados por defectos constructivos en un edificio, para lo cual nuestro ordenamiento disciplina otros mecanismos ya vistos-.

4.2. La responsabilidad por servicios de construcción defectuosos en viviendas

Dentro del mismo libro tercero del TRLCU, y al margen de la disciplina de los daños causados por productos a la que nos acabamos de referir, se encuentra el capítulo II del título II dedicado a los *«daños causados por otros bienes y servicios»*.

Este capítulo consta de tres artículos que regulan el régimen general de responsabilidad de los prestadores de servicios (artículo 147 del TRLCU) y dos regímenes especiales de responsabilidad (artículos 148 y 149 del TRLCU).

El régimen general del artículo 147 del TRLCU establece, con carácter general, la responsabilidad de los prestadores de servicios por los daños causados a los consumidores y usuarios, a menos que acrediten haber cumplido *«las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio»*. Esta previsión ha llevado a la doctrina a concluir que el régimen general de responsabilidad por servicios encuentra su fundamento en un criterio subjetivo o de responsabilidad por culpa⁵⁹.

El régimen especial de responsabilidad del artículo 148 del TRLCU, en cambio, responde a un fundamento de responsabilidad objetiva⁶⁰ que resulta independiente del criterio de culpa, puesto que prescribe la responsabilidad del prestador del servicio a menos que el consumidor o usuario⁶¹ haya realizado un uso incorrecto del servicio. Ayuda a interpretar que el sistema es de responsabilidad objetiva el hecho de que se introduzca una limitación cuantitativa del daño que, según el último inciso del precepto, se establece en 3.005.060,52 euros.

En el marco de la concreta responsabilidad objetiva que resulta exigible a los prestadores de servicios bajo este precepto se encuentra, en particular, el de los *«servicios de rehabilitación y reparación de viviendas»*.

⁵⁹ PUGA PÉREZ (2023, 24) y MARTÍNEZ ESCRIBANO (*Responsabilidad en la edificación...* consultado en versión electrónica, sin números de página, epígrafe 3).

⁶⁰ YZQUIERDO TOLSADA (2022, 272-273), PUGA PÉREZ (2023, 24), SANTANA NAVARRO (2019, 404-405) y MILÁ RAFEL (2009, 10).

⁶¹ En el ámbito de la responsabilidad por servicios la legitimación activa la ostenta quien reúne la condición de consumidor o usuario, a diferencia de lo que sucede en el caso de la responsabilidad por productos cuyo alcance es más amplio en este punto. Así, SANTANA NAVARRO (2019, 404-405).

Por su parte, el régimen de responsabilidad especial que establece el artículo 149 del TRLCU también tiene naturaleza objetiva⁶², puesto que, en este caso, el legislador extiende el régimen del artículo 148 del TRLCU «a quienes construyan o comercialicen viviendas, en el marco de una actividad empresarial, por los daños ocasionados por defectos de la vivienda que no estén cubiertos por un régimen legal específico».

Algunos autores han sostenido que, conforme a este precepto, ostenta legitimación activa todo perjudicado con independencia de que tenga la condición de consumidor o usuario; mientras que otros autores han entendido que sólo los consumidores o usuarios pueden reclamar⁶³.

A este respecto, lo cierto es que el artículo 149 del TRLCU no indica expresamente que esa legitimación asista en exclusiva al consumidor o usuario, pero ello se desprende de lo dispuesto tanto en la regulación del régimen general del artículo 147 del TRLCU, como de lo establecido con carácter especial en el artículo 148 del TRLCU, cuyo régimen se extrapola a los casos de los daños por defectos de la vivienda del artículo 149 del TRLCU. Además, el hecho de que la protección se dispense precisamente para el caso de viviendas, y no para inmuebles destinados a otros usos, refuerza la idea de que la norma está concebida para proteger los intereses de aquellos que tienen la condición de consumidor o usuario⁶⁴.

La cuestión sobre la legitimación pasiva, por su parte, abre una perspectiva interesante para el objeto de nuestro estudio. La doctrina⁶⁵ ha considerado que, al amparo del artículo 149 del TRLCU, el perjudicado podrá dirigir su acción frente al constructor («quienes construyan») y frente al promotor profesional («o comercialicen»). Sin embargo, algún autor ha defendido una interpretación amplia del precepto de forma que los términos en los que se expresa («quienes construyan o comercialicen») deben ser interpretados sin carácter limitativo, de modo que quedaría legitimado pasivamente cualquier agente de la edificación que participa en la construcción o comercialización de las viviendas⁶⁶.

Debe convenirse en que el precepto no se refiere al constructor y al promotor de forma expresa, sino a «quienes construyan y comercialicen viviendas», lo que permite sostener, efectivamente, que esa actividad alcanza a una pluralidad de sujetos más amplia.

Así, el término «quienes construyan» puede incluir claramente a los subcontratistas de obra, y también a los proyectistas y directores facultativos, pues intervienen en el proceso de construcción mediante tareas necesarias para construir como, por ejemplo, el diseño de la

⁶² MILÁ RAFEL (2009, 4).

⁶³ Para MILÁ RAFEL (2009, 10-11) tiene legitimación “todo perjudicado”, ya que considera que el precepto se debe poner en relación con el artículo 128.1 del TRLCU. Para PUGA PÉREZ (2023, 23), la legitimación activa queda restringida a los consumidores y usuarios.

⁶⁴ Podría argumentarse, no obstante, que las viviendas no están exclusivamente concebidas para satisfacer un interés puramente privado, por ejemplo, en los casos de viviendas destinadas al alquiler turístico vacacional.

⁶⁵ MILÁ RAFEL (2009, 11) indica que el precepto hace referencia, típicamente, al constructor y al promotor. Parecidamente, PUGA PÉREZ (2023, 28).

⁶⁶ Esta es la tesis sostenida por SANTANA NAVARRO (2019, 406) quien, además, apunta que carecería de sentido interpretar otra cosa si se tiene en cuenta que el artículo 148 del TRLCU no establece diferencias para el caso de las obras de rehabilitación y reparación de viviendas y por ello, no quedaría justificada una disparidad entre ambos preceptos en este punto.

vivienda, la dirección o la supervisión de la ejecución material de los trabajos. En sentido lato estos agentes construyen, aunque no ejecuten materialmente la obra.

Cuestión diferente es la del fabricante de productos de construcción. En un esquema tradicional, este agente no construye, sino que suministra⁶⁷ sus productos para que otros lo hagan, lo que conduciría inexorablemente a su exclusión del círculo de legitimación pasiva incluso en la hipótesis de una interpretación amplia de la norma.

Ahora bien, este paradigma de la construcción tradicional cambia significativamente ante el modelo de la construcción industrializada, ya que aquí el fabricante sí construye en el sentido más propio del término, y además se involucra hasta asumir uno de los papeles fundamentales en el proceso de la edificación. Por ello, en la casuística propia de las viviendas construidas mediante el método de la edificación industrializada, no resultaría descartable el ejercicio de una acción de responsabilidad con fundamento en estos preceptos.

No obstante, el ámbito de aplicación del artículo 149 del TRLCU se ve sujeto a determinadas limitaciones que restringen el ámbito del posible resarcimiento por daños. En este sentido, por la propia dicción del precepto, no resultan resarcibles los daños que estén cubiertos por otro régimen legal específico, lo que necesariamente excluye la indemnización por los daños que ya estén comprendidos en el ámbito de aplicación de la LOE⁶⁸.

Ello supone que el daño resarcible conforme a los dos preceptos que establecen el régimen especial de responsabilidad se contrae a los causados por servicios de rehabilitación y reparación, construcción o comercialización de viviendas -y no de inmuebles destinados a otros usos-, con exclusión de los que recaigan sobre la propia vivienda, y con las limitaciones propias del artículo 129.1 del TRLCU que únicamente incluye los daños personales y los daños materiales que recaigan sobre bienes de uso privado y en tal concepto hayan sido utilizados.

Es decir, el resarcimiento del daño se limitaría a daños como, entre otros, los personales causados a quienes ocupan la vivienda, los gastos médicos, los daños materiales sobre bienes de uso privado -por ejemplo, los muebles deteriorados-, los gastos de traslado o de alquiler sustitutivo por necesidad de domicilio, o el lucro cesante por pérdida de rentas y salarios⁶⁹.

Finalmente, el régimen de responsabilidad por servicios no contempla un plazo de extinción de la responsabilidad ni tampoco de prescripción por lo que, siguiendo a la doctrina más autorizada⁷⁰, deberá entenderse que los límites temporales al ejercicio de la acción vendrán

⁶⁷ De hecho, tal y como hemos apuntado más arriba, la LOE concibe el papel del fabricante como el de un suministrador y, por ello, lo incluye dentro de su artículo 15 junto con otros agentes que le merecen la misma clasificación como el almacenista, el vendedor o el importador.

⁶⁸ Esto es, los daños materialmente causados al propio edificio y que sean consecuencia de vicios o defectos constructivos estructurales, de habitabilidad (o funcionales) o de acabado, y que a floren y se reclamen dentro de unos determinados plazos, tal y como resulta de los artículos 17.1 y 18 LOE. Esta limitación se extiende también al ámbito de aplicación del artículo 148 del TRLCU para el caso de los servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, pues no existe razón que justifique un tratamiento diferenciado, tal y como señalan MILÁ RAFEL (2009, 17), SANTANA NAVARRO (2019, 404-405) y PUGA PÉREZ (2023, 28).

⁶⁹ En esta línea, PARRA LUCÁN (2015, consultado en versión electrónica, sin números de página, comentario del artículo 149), MILÁ RAFEL (2009, 15) y PUGA PÉREZ (2023, 24)

⁷⁰ PARRA LUCÁN (2014, 155-156 y 2011, consultado en versión electrónica, sin número de página, epígrafe XV.3). En la misma línea, PUGA PÉREZ (2023, 24).

sujetos a la regla general de prescripción por un plazo de cinco años conforme al artículo 1964 del Cciv.

4.3. La coordinación y compatibilidad de las acciones del TRLCU entre sí, y con las acciones previstas en otras leyes

La pluralidad de acciones que nuestro ordenamiento provee para el resarcimiento de daños relacionados con los productos de construcción defectuosos deja un panorama que, en lo que respecta a la compatibilidad y coordinación de acciones, hace necesaria una explicación.

Por un lado, las acciones que derivan del TRLCU son compatibles con los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual, tal y como establece su artículo 128⁷¹.

Por otro lado, las acciones que derivan del TRLCU también resultan compatibles con la acción de responsabilidad de la LOE, puesto que, con carácter general, una y otra persiguen el resarcimiento de daños distintos. A este respecto, hemos visto que la acción de responsabilidad de la LOE se contrae al resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio -y sólo en el edificio- como consecuencia de daños derivados de vicios o defectos constructivos, mientras que las acciones que provee el TRLCU indemnizan daños causados *por* productos defectuosos -y *no* en los propios productos-, o por servicios defectuosos con expresa exclusión de los que ya estuvieran sujetos a un régimen específico⁷².

Desde esta perspectiva, podría ejercitarse la acción que contempla la LOE para obtener el resarcimiento de daños causados en el edificio, y la acción que contempla el TRLCU para reclamar otros daños no cubiertos bajo ese régimen⁷³.

Finalmente, en lo que se refiere a la articulación entre los regímenes propios del TRLCU, se ha advertido la existencia de una concurrencia de normas en la medida en que cuando un producto defectuoso se incorpora a una vivienda, los servicios de rehabilitación, reparación, construcción o venta (a los que se refieren los artículos 148 y 149 del TRLCU) serán, por extensión, también defectuosos.

Para algunos autores, esta concurrencia de normas debe salvarse a favor del régimen de responsabilidad por producto, por cuanto el artículo 149 del TRLCU se crea con posterioridad a la Directiva 85/374/CEE⁷⁴. No obstante, otros autores ofrecen argumentos igualmente

⁷¹ Como señalan SALVADOR CODERCH y RAMOS GONZALEZ (2008, 83), el régimen específico de responsabilidad del TRLCU es compatible con la aplicación de otros regímenes de responsabilidad contractuales y extracontractuales establecidos por otras leyes, cuando estos últimos se basen en fundamentos distintos al de la responsabilidad objetiva del fabricante o importador por daños causados por un producto defectuoso.

En el ámbito de la LOE, ya hemos visto que la acción de responsabilidad especial también resulta compatible con el ejercicio de las acciones de responsabilidad contractual, que el artículo 17.1 deja expresamente a salvo, y con el ejercicio de las acciones de responsabilidad extracontractual.

⁷² Lo establece expresamente el artículo 149 del TRLCU y lo mismo resultaría aplicable a los supuestos sobre rehabilitación y reparación de viviendas del artículo 148 del TRLCU, aunque este precepto omita la exclusión (MILÁ RAFEL, 2009, 17; y, en similar sentido, SANTANA NAVARRO, 2019, 404-405, y PUGA PÉREZ, 2023, 28).

⁷³ Así lo entiende PUGA PÉREZ (2023, 26-27), quien añade que este argumento se ve favorecido por el hecho de que el artículo 128 TRLCU deje expresamente a salvo el derecho del perjudicado a obtener el resarcimiento por cualquier causa determinante de la responsabilidad contractual o extracontractual.

⁷⁴ PARRA LUCÁN (2015, consultado en versión electrónica, sin números de página, comentario del artículo 149), GÓMEZ POMAR (2008, 861-863) y MILÁ RAFEL (2009, 18).

convincentes a favor de la aplicación indistinta de ambos regímenes, basados en una interpretación favorable a la mayor protección del consumidor, en línea con el propósito tuitivo de la norma y con la jurisprudencia comunitaria⁷⁵.

5. Conclusiones

I.- La industria de la edificación está experimentando una oportunidad de transformación que podría dar lugar a un cambio de paradigma mediante el tránsito de los sistemas de construcción convencionales hacia los modelos de construcción industrializada de edificios.

El nuevo sistema proporciona notables ventajas en términos de eficiencia, reducción de costes, reducción de plazos y mejora del impacto ambiental; y está basado, en esencia, en la producción *off-site* de elementos prefabricados modulares que después se transportan y ensamblan en el lugar de la obra. Su desarrollo se vincula a otras técnicas transformadoras como la digitalización de los procesos de diseño y construcción, la aplicación de la inteligencia artificial y especialmente el uso de herramientas colaborativas como las plataformas BIM.

En este modelo, el papel del fabricante de productos de construcción adquiere una nueva dimensión que le convierte en uno de los agentes protagonistas en los procesos de la edificación. Ello justifica una reflexión acerca de si las normas vigentes en nuestro ordenamiento disciplinan una respuesta adecuada frente a la eventual responsabilidad civil en la que pudiera incurrir el fabricante bajo este paradigma.

II.- Desde una perspectiva general, las normas comunes de nuestro ordenamiento en materia de responsabilidad contractual y extracontractual han presentado tradicionalmente claras limitaciones que, en su día, justificaron la creación de normas especiales de responsabilidad civil.

No obstante, al margen de esas eventuales limitaciones, el régimen general de responsabilidad contractual y extracontractual es compatible con el ejercicio de las acciones previstas en las normas especiales y su principal ventaja es que goza de una virtualidad más amplia en cuanto al alcance del resarcimiento del daño.

III.- Desde la perspectiva de las leyes especiales, la LOE caracteriza al fabricante dentro del grupo de los suministradores de producto (junto con el almacenista, el importador y el vendedor) a quienes concede un tratamiento unitario e impone un régimen de obligaciones indiferenciado.

Esta clasificación sistemática del fabricante se alinea con una noción convencional de su papel en el proceso de construcción de edificios, al identificarlo como un agente situado en la cadena remota del proceso productivo cuya actividad se orienta a proveer materiales a una obra, cuyo proyecto probablemente desconoce, o le resulta ajeno.

Con el fenómeno de la construcción industrializada este paradigma cambia. Ahora el fabricante ya no se sitúa al final de esa cadena productiva, sino que adopta un papel fundamental en el proceso de construcción, como lógica consecuencia de un nuevo estándar en el que el edificio se

⁷⁵ SANTANA NAVARRO (2019, 406-407) y PUGA PÉREZ (2023, 29). Esta autora cita, en apoyo de sus tesis, su acomodo a la doctrina comunitaria emanada de la STJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2011, Asunto C-495/10, caso *Centre hospitalier univesitaire de Besançon*.

produce a través de la composición de elementos modulares en sus propias instalaciones, fuera del lugar de la obra, en un contexto de trabajo integrado y colaborativo con el de otros agentes.

IV.- A diferencia de lo que ha ocurrido en el caso de otros agentes de la edificación, el Tribunal Supremo todavía no se ha pronunciado sobre la posibilidad que asiste al propietario perjudicado para accionar directamente contra el fabricante bajo el régimen de la LOE.

Por su parte, la doctrina emanada de las audiencias provinciales se mantiene ciertamente dividida, y existen pronunciamientos claramente contradictorios que dan soluciones distintas ante un problema común.

Esta situación, unida a la expresada más arriba, impone una reflexión acerca de la conveniencia de una reforma legislativa. La LOE, actualmente basada en los modelos de construcción tradicionales, merece ser revisada para ofrecer una solución natural en materia de responsabilidad de los agentes de la edificación (y, particularmente, del fabricante) que permita ajustarse a los estándares modernos y respete un adecuado equilibrio en el reparto de riesgos entre los distintos participantes en el hecho constructivo.

V.- Entre tanto, la urgencia de una solución hace necesaria la uniformidad de criterio interpretativo en la práctica de los tribunales en relación con la posibilidad de ejercitar la acción directa de la LOE frente al fabricante.

A este respecto, defendemos la consolidación de un criterio jurisprudencial consistente en interpretar, en sintonía con las tesis defendidas por la doctrina científica mayoritaria, que la acción de la LOE autoriza al propietario perjudicado para dirigirse contra todas las personas físicas o jurídicas que participan en el proceso de la construcción con fundamento la exégesis flexible de los artículos 8 y 17.1 de la LOE.

VI.- Una eventual reforma de la LOE debería considerar, igualmente, la conveniencia de revisar el sistema de responsabilidad indirecta del fabricante en los términos de su artículo 17.6 III en los casos de edificación industrializada.

Así, en un modelo en el que el fabricante de productos controla y toma parte importante en el proceso de edificación, desplazando incluso en algunos casos el papel que hasta ahora tenía el constructor (quien podría quedar relegado en algunos casos a intervenir como un mero montador), no parece razonable que deba ser este constructor quien responda, por hecho ajeno, por las actuaciones que le son causalmente imputables al fabricante.

VII.- También desde la perspectiva de las leyes especiales, el TRLCU sujeta al fabricante a un régimen de responsabilidad por los daños causados por sus productos que tiene naturaleza objetiva, de modo que quedará obligado a indemnizar siempre que se produzcan tales daños con independencia de que entre las partes exista un contrato y del grado de diligencia desplegado en el proceso de fabricación.

Sobre este régimen influirán y tendrán impacto las disposiciones que resulten de la transposición de la reciente Directiva (UE) 2024/2853, de 23 de octubre de 2024, sobre la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, que derogará y sustituirá a la anterior Directiva 85/374/CEE.

VIII.- La amplia noción legal de fabricante contenida en el TRLCU favorece la posibilidad de extender su círculo de legitimación pasiva hacia nuevas figuras en el contexto de la edificación industrializada.

Ello guarda coherencia con una realidad histórica y sectorial en la que se difuminan los contornos de las actuaciones que competen al constructor y las que competen al fabricante ante el nuevo modelo.

IX.- El sistema de responsabilidad por producto es coherente y adecuado para dirimir la responsabilidad del fabricante por los daños causados por productos de construcción defectuosos, incluso en el contexto de la construcción industrializada, en la medida en que contiene reglas de imputación de responsabilidad que son acordes con las funciones de control que éste ejerce sobre el proceso productivo y con el reparto y balance de riesgos entre las partes implicadas.

Es previsible que, con el fenómeno de la construcción industrializada, se produzca un incremento de la casuística en la práctica de los tribunales tendente a exigir el resarcimiento de daños frente a los fabricantes de productos de construcción.

No obstante, este sistema sigue siendo incompleto para dirimir su responsabilidad por los daños causados por productos para la edificación, puesto que existen importantes limitaciones para la restitución del perjudicado a la posición en la que se encontraba antes de sufrir el daño.

X.- En lo que concierne al sistema de responsabilidad por servicios defectuosos del TRLCU (y, singularmente, en el régimen especial establecido por el artículo 149 para el caso de servicios defectuosos de construcción y comercialización de viviendas), el fenómeno de la construcción industrializada proporciona escenarios que permitirían defender la extensión de la legitimación pasiva al fabricante.

6. Bibliografía

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar (2002), *La responsabilidad por defectos en la edificación. El Código Civil y la Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi, Navarra.

ARNAU MOYA, Federico (2004), *Los vicios en la construcción. Su régimen en el Código civil y en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

BAILEY, Julian (2024), *Construction Law*, Volume II, 4th Ed., London Publishing Partnership, Londres.

BERTRAM, Nick et al. (2019), *Modular construction: From projects to products*, McKinsey Capital Projects & Infrastructure Practice (www.mckinsey.com)

CADARSO PALAU, Juan (2003), “Gestores de proyecto, arquitectos y Ley de Ordenación de la Edificación” en VVAA, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, pág. 1525 a 1538.

CARRASCO PERERA, Ángel / CORDERO LOBATO, Encarna / GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen (2012), *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, Aranzadi, Navarra.

CASTRO BOBILLO, J. Carlos (2001), *Del artículo 1591 del Cc a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Actualidad Civil núm. 12, Editorial La Ley, del 19 al 25 de marzo de 2001, consultado en versión electrónica, sin números de página.

CORDERO LOBATO, Encarna (2011), “Parte III. Agentes de la edificación” en Carrasco Perera, Á./ Cordero Lobato, E./ González Carrasco, M.C., *Comentarios a la legislación de ordenación de la edificación*, Aranzadi, Navarra, págs. 381 a 489.

CUENCA LÓPEZ, Luis Javier (2014), *Construcción industrializada de edificios en el siglo XXI. En torno a las responsabilidades*, Revista de Derecho, Empresa y Sociedad núm. 5, pp. 160-175

DALE, Steeve (2022), *Procuring for productivity with off-site construction*, Construction Law (Journal), Issue 3, p. 9.

DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel y PONS GONZÁLEZ, Manuel (2003), *Derecho de la construcción. Aspectos administrativos, civiles y penales*, Comares/Urbanismo, Granada.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis (2000), *Ley de Edificación y Código civil*, Anuario de Derecho Civil núm. 1, pág. 5 y ss.

DOBING, Wendy / HANNA, Michelle / HUNTER, Nick (2018), *Modern methods of construction: Who's doing what?* NHBC Foundation (www.nhbc.co.uk)

ECHIVARRÍA DE RADA, Ricardo y PÉREZ-CABALLERO ABAD, Pedro (2020), “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2020 (529/2020). La figura del project manager y su responsabilidad civil en la edificación”, en Yzquierdo Tolsada, M. -Dir.-, *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, núm. 12, Dykinson, pp. 137-147

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto (2000), *Régimen jurídico de la responsabilidad civil de los agentes de la edificación*, Revista Derecho Urbanístico núm. 177, pág. 13 y ss.

GIANA, Paolo Ettore y VORNICU, Roxana (2020), *BIM, offsite manufacture and the future of the construction industry*, Construction Law (Journal), Issue 3, p. 12

GÓMEZ POMAR, Fernando (2008), “Capítulo IX. Ámbito de protección de la responsabilidad de producto” y “Capítulo XIII. Relación con otros regímenes de responsabilidad contractual o extracontractual” en Salvador Coderch, P. y Gómez Pomar, F. -Ed.-, *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Thomson-Civitas, Navarra, pp. 657-718 y 853-894

GONZALEZ CARRASCO, María del Carmen (2007), *Subcontratación en la construcción y responsabilidad en cadena*, InDret núm. 398.

GONZÁLEZ POVEDA, Pedro (2008), “Capítulo IV. Responsabilidades y garantías” en García Varela, R. -Coord.- *Derecho de la Edificación*, Bosch, Barcelona, págs. 327 a 388.

– (2001), “III. Responsabilidades y garantías. La responsabilidad civil de los agentes intervinientes en la edificación” en Sala Sánchez, P. -Coord.-, *Derecho de la edificación*, Bosch, Barcelona, págs. 235 a 298.

LÓPEZ RICHART, Julián (2003), *Responsabilidad personal e individualizada y responsabilidad solidaria en la LOE*, Dykinson, Madrid.

– (2002), *La responsabilidad derivada de la utilización de materiales defectuosos en la construcción*, El Consultor Inmobiliario, núm. 37, págs. 3 a 18.

MILÁ RAFEL, Rosa (2009), *Artículo 149 del TRLCU: responsabilidad del constructor y el promotor por daños causados por la vivienda*, InDret núm. 1, 2009.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia (2007), *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, Lex Nova, Valladolid.

– *Responsabilidad en la edificación y protección a los consumidores: el caos legislativo*, recuperado de: <https://www.uma.es/seminario-derecho-privado/info/33000/martinez-escribano-responsabilidad/>. Fecha de última consulta: 25/01/2025.

MONSERRAT VALERO, Antonio (2008), *Responsabilidad civil por vicios de la construcción*, Difusión Jurídica, Madrid.

ORTÍ VALLEJO, Antonio (2014), “La responsabilidad civil en la edificación” en Reglero Campos, L. F./ Busto Lago, J. M. –Coord.–, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, consultado en versión electrónica, sin números de página.

PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, (2015), “Artículo 144” y “Artículo 149” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. –Coord.–, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Navarra, consultado en versión electrónica, sin números de página.

– (2014), “La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales” en Reglero Campos, F. y Busto Lago –Coords.–, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Thomson-Aranzadi, Navarra.

– (2011), *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, Madrid, consultado en versión electrónica, sin números de página.

PUGA PÉREZ, M. Yanet (2023), *La legislación tuitiva de consumidores y usuarios como vía apta para obtener la reparación de daños y perjuicios provocados por vicios de la construcción*, Revista de Derecho Privado núm. 5, pp. 3-33.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel (1974), *La responsabilidad civil del fabricante*, Publicaciones del Real Colegio de España de Bolonia, Ed. Cometa, Zaragoza.

RUIZ MUÑOZ, Miguel (2004), *Derecho europeo de responsabilidad civil del fabricante*, Tirant lo Blanch, Valencia.

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel (2002), “Capítulo VI. La responsabilidad por vicios o defectos constructivos en la LOE: sus caracteres básicos” en Ruiz-Rico Ruiz, J.M./ Moreno-Torres Herrera, M.L. –Coords.–, *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Comares/Urbanismo, Granada, pp. 87 a 109.

SALVADOR CODERCH, Pablo, PIÑEIRO SALGUERO, José y RUBÍ PUIG, Antoni (2002), *Responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos y teoría general de la aplicación del Derecho*, ADPCP, Vol. LV, 2002, pp. 39-66.

SALVADOR CODERCH, Pablo y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia (2008), “Capítulo I. Evolución histórica de la responsabilidad civil del fabricante” y “Capítulo II. Principios generales de la responsabilidad civil del fabricante” en Salvador Coderch, P. y Gómez Pomar, F. -Ed.–, *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Thomson-Civitas, Navarra, pp. 40-104.

SANTANA NAVARRO, Francisco (2019), *La coordinación entre la LOE y otras normas del ordenamiento jurídico privado*, Anuario de Derecho Civil, tomo LXXII, fasc. II, pp. 335-418

SANTOS MORÓN, María José (2001), “Artículo 17. Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de edificación” en Parejo Alfonso, L. -Dir.-, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Tecnos, Madrid, págs. 317 a 355.

SEIJAS QUINTANA, José Antonio (2000), “La responsabilidad en la LOE: criterios de imputación” en Fernández Valverde, R./ Díez Delgado, J. -Dirs.-, *Estudio sobre la nueva Ley de Ordenación de la Edificación*, Estudios de Derecho Judicial núm. 27, Consejo General del Poder Judicial, págs. 89 a 139.

SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles (2008), “Capítulo III. Concepto de producto” en Salvador Coderch, P. y Gómez Pomar, F. -Ed.-, *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Thomson-Civitas, Navarra, pp. 105-133

WOETZEL, Jonathan, et al. (2017), *Reinventing construction: a route to higher productivity*, McKinsey Global Institute and McKinsey's Capital Projects & Infrastructure Practice (www.mckinsey.com)

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2022) *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*. 8ª Ed., Dykinson, Madrid.

– (2020), “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2020 (448/2020). Responsabilidad del suministrador del producto defectuoso que no identifica a tiempo al fabricante del mismo”, en Yzquierdo Tolsada, M. -Dir.-, *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, núm. 12, Dykinson, pp. 263-274

El valor de las Disposiciones transitorias

A propósito de lo ordenado en la Disposición final 5ª de la Ley Orgánica 5/2024

Sumario

-

La Ley Orgánica 5/2024 ha modificado a través de su Disposición final quinta lo dispuesto en la Disposición transitoria quinta de la Ley 8/2021 a fin de prorrogar su periodo de vigencia otros 3 años. Hasta aquí nada de particular, sino fuera porque al tiempo de realizarse esta modificación el plazo previsto en el texto original de la norma ya había expirado. A propósito de este incidente, se propone una reflexión sobre la importancia de las Disposiciones transitorias, y la necesidad de su correcto tratamiento, para descender después a lo particular, por cuanto entender o no prorrogado el plazo inicialmente previsto de 3 a 6 años tiene una incidencia directa en el disfrute efectivo de los derechos y libertades, en condición de igualdad, por las personas con discapacidad. Todo ello, porque la Disposición transitoria quinta, y el plazo en ella previsto, no es solo una norma procesal de Derecho transitorio con carácter temporal, es, en sí misma, una garantía de no discriminación para las personas con discapacidad cuya capacidad se vio modificada judicialmente (anulada, total o parcialmente) con anterioridad al 3 de septiembre de 2021 con posibles incidencias más allá del Derecho común.

Abstract

-

Organic Law 5/2024 has amended, through its Fifth Final Provision, the provisions established in the Fifth Transitional Provision of Law 8/2021, in order to extend its validity period for an additional three years. At first glance, this may seem unremarkable, were it not for the fact that, at the time of this amendment, the period originally stipulated in the text of the law had already expired. In light of this incident, it is proposed to reflect on the significance of Transitional Provisions and the necessity for their proper treatment, before turning to a more specific analysis. This is because the determination of whether the initially foreseen period of 3 years has been extended to 6 years directly impacts the effective enjoyment of rights and freedoms, in conditions of equality, for persons with disabilities. Indeed, the Fifth Transitional Provision, and the period it establishes, is not merely a procedural norm of transitional law with a temporary nature; it serves as a fundamental guarantee of non-discrimination for persons with disabilities whose legal capacity was altered (annulled, either totally or partially) prior to September 3, 2021, with potential ramifications extending beyond common law.

Title: *The Value of Transitional Provisions: Regarding the Provisions of Final Provision 5 of Organic Law 5/2024*

-

Palabras clave: Disposición transitoria, Derecho transitorio, Sentencias de incapacitación, Modificación judicial de la capacidad.

Keywords: Transitional provision, Transitional Law, Incapacity judgments, Judicial modification of capacity.

-

DOI: 10.31009/InDret.2025.i3.06

3.2025

Recepción
24/03/2025

-

Aceptación
16/05/2025

-

Índice

-

1. Introducción

2. Origen de la Disposición transitoria quinta y su inicial referencia temporal: tres años

3. Un mandato establecido en forma de Disposición transitoria

4. Trascendencia de la existencia de un plazo para la revisión de las sentencias previas

5. Un acercamiento al Derecho Autonómico

6. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

La Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, *del Derecho de Defensa*¹, incluye una Disposición final, la quinta, con el objeto de modificar el texto original de la Disposición transitoria quinta de 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*².

Hasta aquí nada de particular, quizás aquello de la oportunidad y conexión entre el contenido normativo que se desprende del título de la nueva norma y la materia regulada en la norma que se ve modifica. Pero lo verdaderamente interesante surge cuando nos detenemos a valorar las concretas fechas de aprobación, publicación y entrada en vigor de los mandatos normativos referidos, dato siempre relevante, mucho más, si cabe, si el precepto que se reforma tiene carácter de Disposición transitoria con vigencia temporal determinada.

De acuerdo con lo anterior, hay que saber que la Ley 8/2021 se aprobó el 2 de junio de 2021, se publicó en el BOE de 3 de junio de 2021 y entró en vigor el 3 de septiembre de 2021.

Por su parte, la Ley Orgánica 5/2024, se aprobó el 11 de noviembre de 2024, se publicó en el BOE el día 14 del mismo mes y año, y entró en vigor el 4 de diciembre de 2024.

Si atendemos al contenido de la Disposición transitoria quinta de la Ley 8/2021 antes de su reforma por la Ley Orgánica 5/2024, la línea temporal que traza, en orden a cómo actuar sobre las resoluciones judiciales adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor de la norma, iría desde el 3 de septiembre de 2021³ (fecha de entrada en vigor de la Ley) al 3 de septiembre de 2024. Así, el texto original de la norma en 2021 preveía:

Disposición transitoria quinta. Revisión de las medidas ya acordadas.

Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud.

* Elena López Barba (elopez@uhu.es)

¹ BOE núm. 275, de 14 de noviembre de 2024.

² BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021.

³ Dado que la Disposición transitoria 5ª no señala expresamente el momento a partir del cual deberá comenzar a contarse el plazo de tres años previsto, cabría preguntarse sobre el *dies a quo*. La solución dada por los autores que han reparado en este particular coincide, y nosotros con ellos, en situarlo en el exacto día de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, el 3 de septiembre de 2021. Así, entre otros, DOMÍNGUEZ LUELMO, «Disposiciones transitorias», en GUILARTE MARTÍN-CALERO (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 1483-1516, esp. 1510; o CHOZAS ALONSO, «Disposiciones transitorias de carácter procesal», en LÓPEZ SIMÓ/LLEDÓ YAGÜE/FERRER VANRELL/EGUSQUIZA BALMASEDA (Coords.), *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio al año de su entrada en vigor*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 1619-1651, esp. pp. 1621-1622; 1629.

Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.

Más tarde, el 4 de diciembre de 2024 (fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2024) esta Disposición transitoria cambia su texto por el que sigue:

Disposición transitoria quinta. Revisión de las medidas ya acordadas.

Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud.

Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de seis años.

Para la tramitación de estos procedimientos de revisión los órganos judiciales se podrán auxiliar de herramientas tecnológicas que permitan obtener de manera automatizada la información sobre el fallecimiento de la persona interesada, en su caso.

A la luz de lo planteado, la pregunta que surge es evidente, ¿es posible entender prorrogado el mandato de una norma, sin solución de continuidad, incluso después de que hubiese expirado el plazo de vigencia que la misma norma marca? En nuestra opinión la respuesta a este interrogante ha de ser negativa. Sin embargo, la nueva redacción dada a la Disposición transitoria quinta de la Ley 8/2021 ha sido publicada en el BOE y, a tenor de lo aprobado en la Disposición final 5ª de la Ley Orgánica 5/2024, resulta ahora que su periodo de vigencia es de seis años, de manera ininterrumpida, desde el 3 de septiembre de 2021 hasta el 3 de septiembre de 2027, lo que pareciera que nos conduce a actuar reconociendo la eficacia de este nuevo mandato, pese a haber sido adoptado extemporáneamente por el legislador, al tiempo que a proceder «como que no hubiéramos reparado en ello».

2. Origen de la Disposición transitoria quinta y su inicial referencia temporal: tres años

Si a la cuestión temporal nos ceñimos, hay que señalar que la elección de un plazo de tres años fue una decisión adoptada conscientemente en el trámite parlamentario seguido hasta la aprobación definitiva de la norma, esto es, que no se trata de la referencia a un plazo aleatoriamente determinado que pasara inadvertido en el debate, sino que se entendió como el tiempo necesario y adecuado.

Así, en el Proyecto de Ley presentado en 2020 se establecía un plazo de revisión por los Jueces de 2 años, en concreto el Proyecto⁴ proponía:

⁴ Proyecto de Ley 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 (BOCG núm. 27-1, de 17 de julio de 2020).

Disposición transitoria cuarta. Revisión de las medidas ya acordadas.

Las personas con capacidad modificada judicialmente, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley para adaptarlas a esta.

En todo caso, con la primera presentación del informe y rendición de cuentas anual posterior a la entrada en vigor de esta ley, los tutores o curadores solicitarán que se proceda a la revisión judicial de la situación actual de las personas a su cargo, para adaptarla a la presente ley. Dicha revisión deberá efectuarse por el Juez en un plazo máximo de dos años desde que tuvo lugar la solicitud.

En el caso de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, la revisión se efectuará en el plazo máximo de dos años desde la entrada en vigor de la presente ley.

Será una enmienda, la número 201, presentada a esta Disposición⁵, la que plantee la conveniencia de aumentar el plazo de dos a tres años, y la motivación fue: «Se propone alargar a tres años el plazo de revisión de las medidas ya acordadas. Este cambio da más tiempo a los órganos jurisdiccionales para efectuar dicha revisión sin ampliar la *vacatio legis* de la ley y, por tanto, sin demorar la entrada en vigor del nuevo modelo. Adicionalmente, el plazo de tres años coincide con el plazo máximo que prevé el propio Proyecto para la revisión de las medidas que se acuerden tras su entrada en vigor (artículo 268 CC proyecto)»⁶.

Posteriormente, en el informe emitido por la Ponencia⁷ se propone a la Comisión una enmienda transaccional a la enmienda anteriormente referida, con el siguiente tenor (con tintes de novedad):

Disposición transitoria cuarta. Revisión de las medidas ya acordadas.

Las personas con capacidad modificada judicialmente, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud.

⁵ Enmienda número 201 del Grupo Parlamentario Socialista y del Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común (BOCG núm. 27-2, de 18 de diciembre de 2020).

⁶ Texto de la enmienda 201: «Disposición transitoria cuarta. Revisión de las medidas ya acordadas. Las personas con capacidad modificada judicialmente, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley para adaptarlas a esta. En todo caso, con la primera presentación del informe y rendición de cuentas anual posterior a la entrada en vigor de esta ley, los tutores o curadores solicitarán que se proceda a la revisión judicial de la situación actual de las personas a su cargo, para adaptarla a la presente ley. Dicha revisión deberá efectuarse por el Juez en un plazo máximo de tres años desde que tuvo lugar la solicitud».

⁷ Informe de la Ponencia (BOCG núm. 27-3, de 18 de marzo de 2021).

Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.

Por su parte, en el Senado, el párrafo segundo, relativo a la revisión judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal afianza el plazo máximo de tres años⁸.

En el texto aprobado por la Comisión de Justicia y publicado en el BOCG el 25 de marzo de 2021 aporta una redacción, aprobada en la Ponencia en el Senado⁹, bajo el número de Disposición transitoria cuarta, que será el texto que definitivamente contendrá luego la Ley 8/2021, aunque bajo la rúbrica de Disposición transitoria quinta, y ello porque se admitió la enmienda número 237 del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado, «que introduce una nueva Disposición transitoria relativa a las sustituciones realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley cuando la[s] persona sustituida fallezca con posterioridad a la entrada en vigor»¹⁰, por lo que ya en el texto de la Ley que apruebe el Congreso toma el número de Disposición transitoria quinta¹¹, y así se publicará después en el BOE de 3 de junio de 2021.

A la vista de lo anterior, el plazo de tres años resulta ser una decisión consciente del legislador, cosa distinta, como tendremos oportunidad de analizar más adelante, es si fue una decisión acertada, conocedores del ingente trabajo y los retrasos que, por lo general, se acumulan en los Tribunales.

A tenor, precisamente de la carga de tareas que incorpora esta Disposición a los juzgados, y la dificultad previsible para cumplir a tiempo, DOMÍNGUEZ LUELMO¹² propone una manera más «generosa» de interpretar el plazo máximo de tres años, y es entender que los jueces habrían cumplido siempre que se hubieran puesto en marcha el proceso de revisión de las sentencias adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor de la norma antes del 3 de septiembre de 2024, aun cuando a esa fecha faltara la definitiva resolución al respecto.

DE VERDA Y BEAMONTE plantea que «La Disposición transitoria 5ª contempla dos tipos de revisión de las medidas acordadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley: de un lado, las que pueden solicitar “en cualquier momento” las personas con capacidad modificada judicialmente, los tutores o curadores, para adaptarlas a aquélla, las cuales deberían producirse en el plazo máximo de un año desde su solicitud; por otro lado, las revisiones, de oficio o a instancia del

⁸ BOCG Senado, núm. 161, de 24 de marzo de 2021. Disposición transitoria cuarta. Revisión de las medidas ya acordadas.

«Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud.

Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años».

⁹ BOCG Senado, núm. 185, de 11 de mayo de 2021.

¹⁰ BOCG Senado, núm. 190, de 20 de mayo de 2021.

¹¹ BOCG, núm. 27-6, de 31 de mayo de 2021.

¹² DOMÍNGUEZ LUELMO, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, p. 1510.

Ministerio Fiscal, que deberán tener lugar, cuando no haya existido tal solicitud “en un plazo máximo de tres años”¹³.

Ciertamente la Disposición transitoria quinta ofrece en sus párrafos primero y segundo dos tipos de revisión: en atención a quién corresponda la legitimación para el impulso procesal de las mismas; pero, a nuestro entender, el plazo para la revisión de todas las resoluciones judiciales previas es único y común, inicialmente lo fue de tres años y ahora de seis. Esto es, que en esos tres años, ahora seis, las personas contempladas en el párrafo primero pueden solicitar la revisión de las resoluciones judiciales, pero en el caso de que no lo hicieran, en ese mismo plazo, será el juez de oficio, o a instancia del Ministerio Fiscal, quién habrá de revisar «todas» las resoluciones. Quiere esto decir que, cumplido el imperativo legal en el plazo previsto en el párrafo segundo de la Disposición transitoria quinta, no es que las personas contempladas en el párrafo primero queden, también, sin legitimación para actuar, lo que habrán quedado es sin supuesto de hecho sobre el que actuar, porque, como imperativo que es, ya debió haber procedido el juez sobre todos los asuntos no más allá de los tres años inicialmente previstos (ahora seis).

Es muy importante hacer hincapié en que la Disposición transitoria quinta marca un tope máximo de tiempo en atención a su condición de norma transitoria que habilita una tercera vía de actuación, diferente a la antigua y a la nueva norma¹⁴, pero es igualmente importante valorar que la existencia de un plazo en el párrafo segundo ha de ser entendido como un máximo en todos y para todos los casos, y ello porque se trata claramente de una garantía¹⁵ para todas las personas con discapacidad sobre la que hubiera recaído una sentencia previa a la entrada en vigor de la Ley 8/2021. Y esto es así, porque incorpora un criterio para la igualdad entre todas ellas, incluso en los casos en los que la propia persona con discapacidad no inicie el proceso (por falta de conocimiento, por falta de pericia..., o por los motivos que fuera) y tampoco lo hicieran las demás personas habilitadas en el párrafo primero (por falta de conocimiento, por falta de voluntad..., o por los motivos que fuera). Todas las personas con discapacidad que hubieren sido

¹³ DE VERDA Y BEAMONTE, «Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia», en DE VERDA Y BEAMONTE (Dir.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 55-106.

¹⁴ Como así se detalla expresamente en la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa (BOE núm. 180, de 29 de julio de 2005) al referirse a las Disposiciones transitorias, consideración especialmente interesante para el caso de las catalogadas como «tercera norma», sobre cuyo análisis nos detendremos más adelante. En su n° 40, sobre las Disposiciones transitorias, afirma que: «Deberán utilizarse con carácter restrictivo y delimitar de forma precisa la aplicación temporal y material de la disposición transitoria correspondiente».

¹⁵ CHOZAS ALONSO, en Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio al año de su entrada en vigor, p. 1628 «los propios Juzgados de Primera Instancia (o especializados en esta materia, según los casos), deben proceder, de oficio, a revisar todas las causas que hayan quedado sin solicitud previa de algún interesado; otorgándose, por supuesto, legitimación en estos casos de falta de iniciativa de los particulares, al MF. De esta forma se pretende garantizar que las medidas de protección de las personas con discapacidad establecidas con anterioridad a la reforma no se perpetúen indefinidamente, permitiéndose una completa y efectiva adaptación al nuevo régimen jurídico».

incapacitadas o hubiera sido modificada judicialmente su capacidad tienen la garantía de que el juez revisará su situación en un plazo no superior a tres años¹⁶, ahora seis¹⁷.

Se podría entender que el periodo (cualquiera) para ejercitar la acción prevista en el párrafo primero no guarda relación con el plazo marcado en el párrafo segundo (3 años, ahora 6), siempre que se partiera de la premisa de que el legislador ya pensó en el posible incumplimiento por parte de los jueces, esto es, que los jueces no cumplirían en plazo el mandato contenido en el párrafo segundo y, por eso, las personas con discapacidad y quienes aparecen enumeradas en el párrafo primero, una vez decaído el plazo del párrafo segundo, seguirían estando legitimadas para solicitar la revisión, incluso más allá de los tres años desde la entrada en vigor de la norma (ahora 6 años). Pero de ser así, esta forma de legislar, preventiva del incumplimiento de un mandato imperativo por parte del poder judicial resulta, cuanto menos, poco reconfortante.

Otra posibilidad, hubiese sido, siguiendo a HERAS HERNÁNDEZ¹⁸, haber independizado temporalmente ambos procesos, esto es, abrir un primer plazo de revisión por iniciativa de las personas enumeradas en el párrafo primero, y finalizado este plazo, y para el caso de las sentencias previas para las que no hubieran sido ya solicitada su revisión, abrir un segundo plazo, sucesivo e independiente, para su adaptación de oficio por el juez, o a instancia del Ministerio Fiscal.

Incluso hubiese sido posible optar por la solución propuesta en el modelo aragonés¹⁹, según el cual no se precisa la revisión judicial de las sentencias previas, produciéndose un efecto revisor *ex lege* e inmediato desde el momento mismo de la entrada en vigor de la norma²⁰, sin perjuicio de la decisión de acudir a los tribunales para la supervisión o modificación ulterior sin sujeción a plazo alguno²¹.

¹⁶ CHOZAS ALONSO, en Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio al año de su entrada en vigor, pp. 1628-1629 «No obstante, y a pesar de este intento de “cobertura judicial de oficio”, va a existir un riesgo de inaplicación de la nueva ley respecto a situaciones consolidadas desde antiguo, ante la pasividad, aceptación o ignorancia de la nueva normativa por los particulares; por lo que los jueces y fiscales deben estar muy atentos en agilizar al máximo todas estas causas pendientes de revisión, a fin de evitar las graves desigualdades que se producirían, a la vez que posibles vulneraciones de la tutela judicial efectiva (artº 24.1 CE), si la adaptación no se produjera dentro del plazo de tres años».

¹⁷ Todo ello sin olvidar el efecto asimismo garantista e igualitario del mandamiento incorporado en la Disposición Transitoria primera de aplicación inmediata.

¹⁸ HERAS HERNÁNDEZ, «Régimen transitorio en la reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica», en PEREÑA VICENTE/HERAS HERNÁNDEZ (Dirs.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 407-446, esp. pp. 434 ss.

¹⁹ Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas (BOE núm. 122, de 25 de junio de 2024).

²⁰ «Con esta medida el legislador aragonés transforma *ex lege* el contenido de la sentencia de incapacitación, estableciendo su conversión en medidas de apoyo, según la persona hubiera quedado sometida a tutela o curatela. Todo ello es consecuencia del *Efecto inmediato*, proclamado en el DT primera y del *Efecto retroactivo* contemplado en la segunda» BAYOD LÓPEZ, «Disposiciones Transitorias», en BAYOD LÓPEZ (Coorda.), *Reforma del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio). Comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Colex, A Coruña, 2024, pp. 205 ss., esp. p. 214.

²¹ «(...) no se somete la revisión a plazo y es voluntaria bien al objeto de modificar las medidas ya acordadas o bien al objeto de solicitar una adaptación judicial y expresa a la regulación vigente». BAYOD LÓPEZ, en *Reforma del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio). Comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, p. 214.

Pero la decisión del legislador, tras el proceso de tramitación y aprobación de la norma, resulta ser la publicada en el BOE de 3 de junio de 2021, de donde se deduce que la vigencia del mandato de la Disposición transitoria quinta expira a los tres años de su entrada en vigor, en concreto, el 3 de septiembre de 2024.

3. Un mandato establecido en forma de Disposición transitoria

Para entender el sentido del mandato en estudio, no podemos olvidar que ha sido incorporado en una Disposición transitoria.

Resulta común la consideración de que, dado que la realidad y las normas que la regulan mutan, una Disposición transitoria se trataría de una pauta destinada a facilitar el tránsito entre lo ordenado en la norma anterior y lo previsto en la nueva.

DE CASTRO²² refiere que son «normas determinadoras de las disposiciones que han de regir las relaciones jurídicas existentes al producirse el cambio legislativo».

DIÉZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS²³, por su parte, al considerar este tipo de normas señalan que resuelven el *difícil y delicado problema* «consistente en decidir por cuál de las dos legislaciones, la antigua o la nueva, han de regularse los actos realizados y las situaciones creadas o nacidas bajo el imperio de la antigua ley, cuyos efectos todavía persisten al entrar en vigor la ley nueva».

Pero las Disposiciones transitorias no solo sirven para determinar si debiera aplicarse la nueva o la antigua norma, también, y tal y como se reconoce en las Directrices de técnica normativa²⁴ acordadas por el Consejo de Ministros, efectivas desde 2005, pueden tratarse de normas que ordenen «una regulación autónoma y diferente de la establecida por las normas nueva y antigua para regular situaciones jurídicas indicadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva disposición».

Lo que entronca con la clásica distinción entre Disposiciones transitorias y normas transitorias, lo que de acuerdo con HERNÁNDEZ-GIL supone que las Disposiciones transitorias, en sentido estricto, serían las que resuelven entre la aplicación de la antigua o la nueva norma, mientras que las normas transitorias incorporan un nuevo mandato, distinto al previsto en la antigua y en la nueva norma²⁵.

²² DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil Español*, Civitas, Madrid, 1984 (reedición en un solo volumen de los dos publicados por el Instituto de Estudios Políticos en 1949 y 1952), t. 1, p. 632.

²³ DIÉZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, v. 1, sexta edición, Tecnos, Madrid, 1988, p. 119.

²⁴ BOE núm. 180, de 29 de julio de 2005.

²⁵ HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, «Comentarios a las Disposiciones transitorias 1ª a 4ª del Código civil», en HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS/ALMAGRO NOSETTE/ALBALADEJO GARCÍA/AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, Ministerio de Justicia de España, Madrid, 1991, pp. 2180-2206. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/uhu/101946?page=2295>

Por su parte, VERDERA IZQUIERDO, en la misma línea, expone que «las Disposiciones Transitorias que verdaderamente son tales, no regulan situación alguna sino que a través de un punto de conexión determinan cual de las normas en conflicto es la aplicable. Se trata de toda una serie de normas que establecen la ley aplicable en un preciso momento, o sea, remiten a una legislación u otra, como es el caso de las Disposiciones Transitorias del Código Civil. Y, por el contrario, las normas transitorias son normas materiales, en virtud de las cuales se da una regulación específica —diferente a la recogida en la ley nueva y antigua—, se trata de normas que imputan

A este grupo de «tercera norma»²⁶ pertenece la Disposición transitoria quita contenida en la Ley 8/2021, lo que redundo, más si cabe, en la importancia de determinar su periodo de vigencia²⁷, toda vez que abre una tercera vía normativa, distinta a la solución prevista en la antigua y la nueva norma, por lo que su aplicación debe ser restrictiva y delimitada en el tiempo.

En concreto, se habilita (obliga) a los jueces a actuar de oficio durante un periodo de tres años, en todos aquellos casos en los que la revisión de las sentencias previas no haya sido instada (en el mismo plazo) por los sujetos enumerados en el párrafo primero, o por el Ministerio Fiscal (párrafo segundo).

La hipótesis en estudio es: si esta prerrogativa excepcional que recoge la Disposición transitoria quinta resulta ser, además, un deber, ¿no se abriría la posibilidad a las personas con discapacidad, afectadas por una resolución judicial anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de solicitar una indemnización por los daños sobrevenidos, consecuencia de la no observancia por parte del juez de su deber de revisión en el plazo de 3 años, esto es, por la inactividad durante este periodo²⁸?

Si la respuesta fuera positiva, fundada en la idea, ya expuesta, de que este mandato deviene una garantía en pro de la no discriminación, la cuestión sería que a partir del 4 de septiembre de 2024 podrían ser reclamados todos los daños y perjuicios materiales y morales que se demostrasen como una derivación de la indebida continuidad de los efectos de las resoluciones judiciales dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, que ordenada su revisión, no lo fueron, existiendo una conexión entre el daño padecido y la inactividad del juez competente.

Sin embargo, desde el 4 de diciembre de 2024 (tres meses después) la actuación de oficio por parte del juez ha sido de nuevo habilitada, si bien, con un «poder resucitador» que niega la existencia de un posible incumplimiento, o un cumplimiento tardío pasada la fecha del 3 de septiembre de 2024. No es que tras la expiración de plazo previsto en la Disposición transitoria quinta en su redacción de 2021 se apruebe un nuevo mandato que excepcione las normas procesales ahora vigentes, de suerte que a partir de su entrada en vigor habilite la actuación de

directamente a un supuesto de hecho una consecuencia jurídica. Por tanto, resuelven supuestos concretos estableciendo unas normas particulares para tiempos de transición». VERDERA IZQUIERDO, *La irretroactividad: problemática general*, Dykinson, Madrid, 2006. Recuperado de <https://www.digitaliapublishing.com/a/7740>

²⁶ HERNÁNDEZ-GIL en su comentario a las Disposiciones transitorias del Código civil señala que «No son las del CC, en primer lugar, un conjunto de normas de derecho material dirigido a regular transitoria o temporalmente el paso de una situación legislativa a otra. Es eso lo que la doctrina suele denominar la tercera norma, una suerte de norma intercalar entre las de dos momentos diferentes». HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, en *Comentario del Código Civil*, p. 2181. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/uhu/101946?page=2295>

²⁷ No es pacífico que las Disposiciones transitorias hayan de tener un carácter temporal en todo caso, y en atención al tipo de transitoria de que se trate, pero con independencia de este debate, lo cierto es que el legislador en el caso en estudio pudo haber elegido una fórmula abierta (como más tarde hará el aragonés), y no lo hizo, en su lugar decidió expresamente incorporar un límite temporal, tres años, pasados los cuales la habilitación al juez para actuar de oficio se extinguiría.

²⁸ CHOZAS ALONSO, en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio al año de su entrada en vigor*, p. 1629 podríamos estar hablando de «(...) ante la pasividad, aceptación o ignorancia de la nueva normativa por los particulares; por lo que los jueces y fiscales deben estar muy atentos en agilizar al máximo todas estas causas pendientes de revisión, a fin de evitar las graves desigualdades que se producirían, a la vez que posibles vulneraciones de la tutela judicial efectivas (artº 24.1 CE), si la adaptación no se produjera dentro del plazo de tres años». En la misma línea HERAS HERNÁNDEZ, en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, p. 413.

oficio de los jueces por un nuevo plazo de tres años, sino que se finge que esta extinción, el fin de la vigencia de la Disposición transitoria 5ª, nunca se produjo y que, en consecuencia, no se trata de un nuevo plazo que comienza con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2024, sino de una prórroga de una línea temporal única computable desde la entrada en vigor de la Ley 8/2021. Con esta «ficción», que presupone que nunca expiró el periodo anteriormente impuesto por la Ley 8/2021 de tres años, resultaría que ahora estamos incursos en un periodo de seis años, sin solución de continuidad, desde el 3 de septiembre de 2021 hasta el 3 de septiembre de 2027, de suerte que decaería la posibilidad de reclamar por inactividad judicial, pues resulta que «nunca existió» tal inactividad desde el 4 de septiembre de 2024 hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2024 el 4 de diciembre de 2024.

Como tuvimos oportunidad de analizar anteriormente, la decisión originaria de aprobar un periodo de tres años responde a una voluntad expresa del legislador, y ello se encuadra en el loable deseo de adaptar lo antes posible, sin más demora²⁹, la situación de las personas con discapacidad judicialmente incapacitadas a los mandatos de la Convención de año 2006 que, con tanto retraso, por fin, se estaban llevando a la práctica en nuestro ordenamiento jurídico³⁰. Pero esta decisión se ha revelado inadecuada e insuficiente, y no porque el plazo fuera reducido -3 años-, o porque fuera intrascendente haber elegido uno u otro plazo -3 o 6 años-, nada más alejado de la realidad, sino porque era evidente que siendo acertada la decisión de acortar los plazos de revisión, no lo fue tanto que el legislador pretendiera cumplir tan plausible objetivo acompañando el texto con una Memoria económica donde valoraba el coste de esta nueva carga judicial como nulo, cero, inexistente..., vaticinando, incluso, que supondría un ahorro en medios materiales y humanos.

Lo cierto es que la realidad del estado de atasco y retraso de los juzgados finalmente se ha impuesto, frente a la fácil tentación de plasmar, negro sobre blanco, una Memoria económica poco creíble desde un inicio, podría decirse que bien intencionada, pero escasamente realista.

En concreto, en el documento de *Memoria de Análisis de Impacto Normativo*, en el apartado 3.3. relativo al *Impacto presupuestario* se sostiene que «El coste presupuestario y de dotación de personal por unidad no cambiará respecto al actual, ya que el coste acumulado (total de procedimientos gestionados en un año en todo el territorio) del escenario judicial (fiscalía, judicatura, administración de justicia y abogacía) no sólo no aumentará, si no que disminuirá al quedar aliviada la demanda judicial, sobre todo la contenciosa, con vías de provisión de apoyos alternativas al sistema judicial. (...) Por tanto, el impacto de este anteproyecto en los Presupuestos Generales del Estado es nulo, no generando ningún compromiso ni obligación económica extra. Asimismo, es preciso indicar que la norma proyectada no implicará la necesidad de incrementar las dotaciones, ni las retribuciones u otros costes de personal al servicio del sector

²⁹ HERAS HERNÁNDEZ, en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, p. 413. «(...) bien merece la imposición de un plazo lo más breve posible para acometer cuanto antes el cambio de sistema diseñado legalmente. No podemos soslayar que nos enfrentamos a una materia inescindiblemente vinculada al ejercicio de derechos fundamentales que exige de la aplicación inmediata de la nueva regulación, que supone una inaplazable transformación en los anteriores modelos de protección, con el propósito de remover cuanto antes las desigualdades jurídicas que aún todavía subsisten».

³⁰ CHOZAS ALONSO, en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio al año de su entrada en vigor*, p. 1628, en atención a la posibilidad de revisión de oficio en un plazo de tres años, señala «se pretende garantizar que las medidas de protección de las personas con discapacidad establecidas con anterioridad a la reforma no se perpetúen indefinidamente, permitiéndose una completa y efectiva adaptación al nuevo régimen jurídico» dando una «cobertura judicial de oficio».

público, pues se considera que los medios existentes en la actualidad serán suficientes para llevar a cabo las actuaciones previstas. En suma, las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones de personal ni de retribuciones ni de otros gastos del sector público»³¹.

Y así se mantuvo esta decisión, haciendo caso omiso a las advertencias de cuantos órganos se lo hicieron ver con anterioridad.

El Consejo de Estado en su Dictamen³² subraya el error de la Memoria económica al considerar el coste como nulo, en concreto, en sus observaciones a la Disposición transitoria cuarta (luego aprobada como quinta) se remite a las observaciones planteadas en relación al proyectado artículo 266, y afirma:

Por lo que se refiere a los impactos económicos diferentes del presupuestario, en materia de cargas administrativas, en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, así como en la familia y en la infancia, puede valorarse positivamente la justificación de cada uno de ellos. Sin embargo, en relación con el impacto económico presupuestario, este Consejo de Estado echa en falta una mejor acreditación de los cálculos que llevan al ministerio proponente a llegar a la conclusión de que el Anteproyecto sometido a consulta carecerá de impacto presupuestario, al entender que el impacto negativo que la implantación del sistema de apoyos producirá se verá compensado por el impacto positivo de una mayor autorregulación, resultando así un saldo nulo. Hubiera sido deseable una mayor elaboración de esta parte de la memoria, a la vista, además, de las observaciones efectuadas al respecto en los informes del Consejo Económico y Social, del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial y, muy en particular, en relación con la obligación de revisión periódica cada tres años de las medidas de apoyo (proyectado artículo 266 del CC) y la previsión de realización de pruebas periciales con profesionales del ámbito jurídico, social y sanitario (proyectado artículo 759.2.3 de la LEC). En suma, el Consejo de Estado ha de llamar una vez más la atención sobre la necesidad de analizar con detenimiento el impacto económico y presupuestario vinculado a los proyectos normativos; y ello no solo por las graves consecuencias jurídicas que su ausencia puede conllevar (como pone de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo; por todas, Sentencias de 16 de noviembre de 2011, 5 de julio de 2016 y 7 de mayo de 2018), sino también por la relevancia que para el interés general tiene un correcto análisis del impacto económico asociado a la aprobación de cualquier norma.

Por su parte, el Consejo Económico y Social, en su dictamen de 24 de octubre de 2018, ya tuvo la oportunidad, en relación a la Memoria económica, de advertir su discrepancia con la misma en lo relativo al punto donde se sostiene que la entrada en vigor de la nueva norma no supondría nuevos costes, antes bien, una reducción de los mismos «debido a que las vías de provisión de apoyos alternativos al sistema judicial establecidos por la norma mermarán la demanda judicial, pero para el Consejo Económico y Social habrá gastos, en primer lugar relacionados con el esfuerzo de formación del personal», además, «hubiera sido conveniente disponer en la Memoria de análisis de impacto normativo de un estudio pormenorizado de los costes que conllevará la puesta en marcha de las medidas incorporadas en la futura ley, con el fin de garantizar una transición exitosa el modelo vigente y el que viene a instaurar el Anteproyecto. Sirva como ejemplo el Estudio del impacto económico de los cambios legislativos que permitan a España adaptar los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar al artículo 12 de la

³¹ https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_14/spl_12/pdfs/2.pdf

³² Dictamen aprobado el 11 de abril de 2019, referencia 34/2019.

Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, realizado por el Grupo de trabajo sobre la adaptación de la normativa al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad del Real Patronato sobre Discapacidad».

También en el Informe del Consejo Fiscal de 18 de octubre de 2018 se hace referencia a la Memoria de impacto normativo en lo relativo al impacto nulo, que justifica la falta de compromiso económico extra, sobre lo que se hace una serie de apreciaciones:

- Como que habrá que tener en cuenta «que no en todo el territorio español existen Juzgados especializados en discapacidades, tutelas e internamientos involuntarios y que en muy pocos casos las Fiscalías Provinciales disponen de una Sección especializada en protección de personas con discapacidad. Del mismo modo, el personal administrativo o colaborador de estas Secciones es escaso y las aplicaciones informáticas que están en uso resultan insuficientes»
- La reforma «va a provocar un aumento exponencial de la intervención del Ministerio Fiscal en expedientes de esta naturaleza, incrementándose, por tanto, la carga de trabajo que recae sobre las distintas Fiscalías»
- «Cuanto se acaba de exponer supone una importante matización al pretendido impacto cero en los costes de la reforma. El Consejo Fiscal considera imprescindible un incremento de la dotación de medios personales y materiales que permita al Ministerio Fiscal ejercer con eficacia las funciones que las normas proyectadas le atribuyen en una materia de la importancia y sensibilidad como la que nos ocupa».

Otro tanto se desprende del informe del Consejo General del Poder Judicial, de 29 de noviembre de 2018, cuando se refiere al examen del impacto económico, donde en la Memoria de acompañamiento se justifica que será nulo, el Consejo entiende necesario indicar la oportunidad de dotar económicamente la Ley a riesgo de tener considerables consecuencias en la efectividad y eficacia del sistema de protección diseñado. Así lo anuncia en el nº 111 y desarrolla luego su argumentos en los números 112 a 119, concluyendo en el número 120 que el nuevo sistema propuesto «lejos de producir una disminución de la carga jurisdiccional y, en general, de la Administración de Justicia, ha de suponer razonablemente un aumento, cuantitativo y cualitativo, de la intervención judicial y de la estructura auxiliar de la Administración de Justicia, mayor en las primeras fases de implantación e implementación del sistema, donde al esfuerzo consustancial a su puesta en funcionamiento se unirá el que conlleva la revisión del régimen y medidas de protección y apoyo dispuestas bajo la legislación vigente», para seguir argumentando en contra de la decisión adoptada en la Memoria en los números 121 a 129.

Pero el legislador decidió desoír todas estas advertencias, pese a ser todas razonables, y el resultado no ha sido otro más que el esperado: no se ha podido cumplir con las previsiones, y no porque no pareciera realista o adecuado el plazo aprobado de tres años, sino por el empeño de no justificar y dotar debidamente la Memoria económica a tal fin³³.

³³ Esta situación no pasó inadvertida para los prácticos del Derecho, así SANTOS URBANEJA, «Reforma de la Ley de Jurisdicción voluntaria», en CHAPARRO MATAMOROS/BUENO BIOT/DE VERDA Y BEAMONTE (Coords.) *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 745-775, esp. p. 772. «A nadie se le escapa que acometer la revisión de los cientos de miles de sentencias dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, supone una tarea hercúlea que sobrepasa las posibilidades y medios con los

Y la salida a este incumplimiento «anunciado» se ha buscado, a nuestro entender, donde *a priori* no estaba el origen del problema, en el plazo, dejando, nuevamente, de dotar y apoyar con mayores y mejores medios a los órganos judiciales. Solo cabe desear que, pasado el nuevo periodo previsto tras la modificación de la Disposición transitoria quinta por la Ley Orgánica de 2024, no tengamos que volver a plantearnos idéntica coyuntura en 2027.

No debe entenderse de lo expuesto hasta ahora una expresión de extrañeza porque se modifique el contenido de una Disposición transitoria o porque entendamos que se trate de un supuesto excepcional y de imposible comprensión³⁴. No es ninguna novedad que se recurra, ante la demora o ante posibles dificultades sobrevenidas en la fase de adaptación, a la modificación de lo prevenido en las Disposiciones transitorias, o que se decida su prórroga, pero es un modo de proceder que no debería estar reñido con la necesidad de atender a una buena técnica normativa. Como así se hizo en una norma relativamente próxima en el tiempo, aunque distante en la temática, pero que nos sirve de ejemplo de cómo se debió actuar y de que se conocía la forma adecuada de actuación, como así sucedió a propósito del Real Decreto-ley 4/2024, de 26 de junio, *por el que se prorrogan determinadas medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo y se adoptan medidas urgentes en materia fiscal, energética y social*³⁵.

En el preámbulo de este Real Decreto-ley se refiere a la necesidad de prorrogar el especial régimen previsto en la norma transitoria de un Decreto previo de 2023, en este sentido señala que «Este régimen transitorio se justificó en el elevado impacto que, como consecuencia de la escalada de los precios del gas, habían sufrido las empresas de los sectores industriales más intensivos en consumo de gas natural. Las cuales se encontraban afectadas por una falta de liquidez que limitaba su capacidad para regularizar los pagos a proveedores».

Pero después de reconocer, uno, que la situación no ha mejorado y que no se han alcanzado los objetivos pretendidos en la Disposición transitoria del Real Decreto-ley 5/2023 y, dos, que el tiempo apremia «teniendo en cuenta que se acerca a su fin el plazo previsto en la citada disposición transitoria se hace necesario...» se ve abocado a su modificación.

Más adelante, justifica la necesidad de que esta reforma se realice antes de que finalice el plazo, como única fórmula para garantizar sus objetivos «Por otro lado, en relación con la ampliación de seis a doce meses del plazo previsto para las empresas que soliciten la línea de ayudas para la compensación de los costes adicionales debidos al aumento excepcional de los precios del gas natural durante 2022, recogida en el capítulo II del título II, la adopción de esta medida ha de ser inmediata y adoptarse de forma urgente, para evitar que el plazo de seis meses inicialmente previsto por la referida disposición transitoria séptima del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, y que iniciará su vencimiento a finales de junio, venza sin que las empresas que accedieron a las ayudas hayan podido justificar su cumplimiento, debido a las circunstancias expuestas anteriormente».

que actualmente cuenta la Administración de Justicia y, en concreto los Juzgados de 1ª Instrucción, comunes o especializados, a quienes compete las revisiones».

³⁴ Sirva como ejemplo, aunque de una mucha mayor complejidad en relación al supuesto ahora analizado, el de la Disposición transitoria segunda de la Ley 5/2017, reformado por Real Decreto Ley 4/2018, declarado nulo por la STC 134/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021).

³⁵ BOE núm. 155, de 27 de junio de 2024.

Es esta premura, la de no dejar caducar la vigencia de la Disposición transitoria que se pretende prorrogar, la que justifica que se recurra en esta ocasión a la figura del Real Decreto-ley, «porque la adopción de la medida ha de ser inmediata, no admitiendo demora, puesto que el plazo para adoptarla mediante una norma sujeta a tramitación parlamentaria implicaría que la ampliación del plazo necesario llegaría con el plazo inicialmente previsto ya vencido, lo que impediría que las entidades beneficiarias puedan cumplir este requisito, determinando el inicio de los correspondientes procedimientos de reintegro».

Y, precisamente, de esta argumentación se hace depender la oportunidad de recurrir a la figura del Decreto, en orden a la necesidad y urgencia de la medida. Y es por ello que se aprueba el nuevo Real Decreto-ley la modificación del apartado dos de la Disposición transitoria séptima³⁶. De suerte que el plazo inicialmente previsto de seis meses, y antes de su expiración, se modifica y amplía a 12 meses.

Interesa llamar la atención sobre que sea posible, en tan corto espacio de tiempo, aprobar una norma que utiliza los razonamientos transcritos y que justifica precisamente en ellos la urgente y extraordinaria necesidad que le permite el uso de un Real Decreto-ley, en orden a la trascendencia de no dejar caducar la vigencia del plazo previsto en la Disposición transitoria y que se precisa prorrogar, para meses después, colocar en una Ley ésta mal entendida prórroga, vía modificación de una Disposición transitoria ya expirada. Quizás sea por este motivo, que en el preámbulo de la nueva norma (LO 5/2024) nada se anuncie acerca de la modificación incluida en su Disposición final quinta. Aunque, en honor a la verdad, tampoco hace mención a las demás normas modificadas por la misma vía de las Disposiciones finales de la Ley Orgánica de 2024.

Otro ejemplo, este ya distante en el tiempo, podría ser lo acontecido a propósito de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad, publicada en el BOE del día siguiente y que entra en vigor, ante el silencio de la propia norma, a los 20 días, en concreto el 7 de enero de 1991, de este modo, lo ordenado en su Disposición transitoria tercera, resultaba viable hasta el 7 de enero de 1994. Como fuera que este plazo resultó insuficiente, se aprueba una nueva norma con la única intención de prorrogar el plazo de vigencia de la DT 3º de la Ley 18/1990, en concreto a través de la Ley 15/1993, de 23 de diciembre, por la que se prorroga el plazo para ejercer la opción por la nacionalidad española, establecido en la Disposición transitoria tercera de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad. La publicación de la nueva Ley se realiza en el BOE de 24 de diciembre, y deja prevista su entrada en vigor para el día siguiente, el 25 de diciembre de 1993, momento a partir del cual los efectos de la Disposición Transitoria tercera de la Ley 18/1990 se extienden automáticamente hasta el 7 de enero de 1996³⁷. Así en la Exposición de Motivos se señala:

³⁶ BOE núm. 154, de 29 de junio 2023. Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

³⁷ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «Prórroga del plazo establecido en la disposición transitoria tercera de la Ley 18/1990», *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 46, nº 1 (enero-junio 1994), pp. 441-446.

El plazo de tres años establecido en la disposición transitoria para poder ejercer el beneficio de la opción por la nacionalidad española en los supuestos de hijos de emigrantes que, al nacer, ya no eran españoles ha podido resultar insuficiente para aquellos posibles beneficiarios, dispersos por el mundo y más alejados de los núcleos urbanos, a los que es más difícil obtener información.

Teniendo en cuenta el propósito del legislador de beneficiar a los emigrantes y sus hijos y solucionar las últimas secuelas de un largo proceso histórico, así como las circunstancias especiales que concurren en los posibles beneficiarios, parece conveniente prorrogar el plazo para ejercer la opción de la nacionalidad española, establecido en la disposición transitoria tercera de la Ley.

Se ha estimado suficiente prorrogar el plazo dos años más, que concluye el 7 de enero de 1996, por no mantener abierta durante demasiado tiempo una situación transitoria y porque correlativamente al deseo del legislador de beneficiar al colectivo a que se dirige, éste debe mostrar su interés en las posibilidades que se le ofrecen.

De vuelta al tema que nos ocupa, y a la vista de lo expuesto hasta ahora, parece claro que el deseo del legislador fue no extender más allá de tres años la situación «anómala» en la que quedaban las personas con discapacidad que con anterioridad a la Ley 8/2021 habían sido incapacitadas o habían visto modificada judicialmente su capacidad, pues pese a lo previsto en las Disposiciones transitorias 1ª y 2ª, la revisión de las sentencias seguía siendo crucial en todos los casos y, sobre todo, en aquellos en los que lo resuelto conforme al régimen anterior resultaba mantenido en el tiempo, marcando una injustificable distinción entre aquellas personas con discapacidad sobre cuya capacidad se hubiera actuado judicialmente con anterioridad al 3 de septiembre de 2021 y aquellos sobre los que no hubiera habido pronunciamiento judicial previo, o ya contara con su revisión.

Llegados a este punto, debemos atender a las consecuencias de la solución dada por el legislador al incumplimiento por parte del poder judicial del mandato previsto inicialmente en la Disposición transitoria quinta, en orden a la excepcional habilitación a los jueces para su actuación de oficio sobre sentencias previas, entre el 3 de septiembre de 2021 y 3 de septiembre de 2024, y que una vez expirado el plazo resulta de nuevo idónea la actuación de oficio del juez sobre esas sentencias previas desde el 4 de diciembre de 2024 hasta el 3 de septiembre de 2027, pero sin considerarse, como ya hemos expuesto, inhabilitados y liberados de su obligación de actuar de oficio a los jueces en el periodo que va desde el 4 de septiembre de 2024 al 3 de diciembre del mismo año. Esto es, se evidencia la paradoja de que los jueces pudieron no hacer, y sí hacer, una misma cosa en un mismo tiempo. De este modo, en el caso hipotético de que una persona hubiera iniciado una reclamación por los daños causados por la inacción del juez que no adaptó, pese a ser su obligación³⁸, su situación en orden al ejercicio de su capacidad jurídica antes del día 4 de septiembre de 2024, tiempo después, tras la entrada en vigor la Ley Orgánica 5/2024 resultaría que este incumplimiento no habría existido.

³⁸ CHOZAS ALONSO, en Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio al año de su entrada en vigor, p. 1629, entiende que la falta de atención por los jueces de su deber de revisar todas las sentencias contribuiría a incentivar graves desigualdades entre quienes sí hubieran visto revisadas su situación y quienes no, además de dar lugar a «posibles vulneraciones de la tutela judicial efectiva (artº 24.1 CE), si la adaptación no se produjera dentro del plazo de tres años».

Al desprecio común por las Disposiciones transitorias, ya denunciado por MERINO HERNÁNDEZ³⁹, se une ahora esta forma de actuación por parte del legislador.

4. Trascendencia de la existencia de un plazo para la revisión de las sentencias previas

Nuestro punto de partida ha de ser el de aquellas personas con discapacidad que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, y de acuerdo con las normas en vigor en ese momento, se hubiesen visto afectas por una sentencia de incapacitación o de modificación de su capacidad, pronunciamiento judicial que con la nueva legislación resulta un ataque frontal a sus derechos y libertades, en particular, al libre desarrollo de su personalidad. De ahí que devenga ineludible un pronunciamiento en la nueva norma sobre qué va a suceder con todas las sentencias previas.

En paralelo, no podemos obviar que el colectivo de personas con discapacidad y sus familiares se caracteriza por su diversidad en orden a la propia discapacidad y a las circunstancias en las que se desarrolla cada caso, no obstante, cabría destacar una regla *casi* de carácter general, pese a la enorme diversidad señalada, y es que mayoritariamente las personas con discapacidad depositan la iniciativa de la gestión de sus intereses en manos de las personas de su entorno, quienes hasta ahora venían siendo nombradas como sus tutores o curadores, esperando-confiando que sean ellas quienes dirijan y decidan sobre sus asuntos o, directamente, no actúan ni esperan nada porque desconocen la extensión de sus propios derechos y libertades y las vías de actuación para su materialización. Por otro lado, en el caso de los familiares, que hasta ahora y de forma generalizada eran nombrados como tutores o curadores, pudiera ser que, o bien tienen un conocimiento insuficiente de la nueva realidad legislativa, o no tienen ni tiempo ni más recursos para actuar dentro del día a día de una vida de cuidados y atención o, simplemente, son reacios a aplicar los cambios incorporados por la nueva norma y prefieren seguir actuando al amparo del antiguo sistema «paternalista».

De ahí la importancia, y el acierto, de que la Disposición transitoria 5ª, además de poner en manos de los directamente afectados la legitimación procesal para solicitar la revisión de las sentencias previas (párrafo primero), le imponga de oficio al juez, o a instancias del Ministerio fiscal, el deber de actuar en el plazo de tres años, porque esta solución garantiza que quienes no conocen, no pueden o no quieren ajustarse a la legislación vigente hayan de verse abocados inexorablemente a esta nueva vía y en un plazo de tiempo lo más realista posible, pero, también, lo más breve posible, por razones obvias del daño que supone a la dignidad de las personas con

³⁹ MERINO HERNÁNDEZ, «Disposiciones transitorias», v/lex, <https://vlex.es/vid/disposiciones-transitorias-266115>; [En la misma línea](#), CHOZAS ALONSO, en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio al año de su entrada en vigor*, <https://www.digitaliapublishing.com/a/127254> «Desde el punto de vista de la práctica cotidiana del Derecho, tengo la impresión de que en el mundo profesional no se da a las disposiciones transitorias todo el valor que en realidad tienen. Con alguna frecuencia, el práctico del Derecho tiende a olvidarse de ellas. La promulgación de una nueva ley suele producir en quienes están llamados a interpretarla y aplicarla una doble inercia, distinta y contradictoria: de una parte, una especie de --pereza mental-- (cuando no, hostilidad manifiesta) para aceptar y asumir la nueva normativa; y de otra, y en sentido opuesto, un --olvido-- (cuando no, desconocimiento) de la ley anterior, a veces, aun inmediatamente después de su derogación o modificación. La primera actitud conduce normalmente a una general inaplicación de la ley nueva, haciendo pervivir todavía la antigua. La segunda, a un total abandono de la legislación anterior, en aras del recién llegado ordenamiento».

discapacidad prolongar innecesariamente situaciones nacidas al amparo de la antigua norma⁴⁰, por cuanto son ahora, parafraseando el Preámbulo de la Ley, soluciones *periclitadas*.

El legislador de la Ley 8/2021 opta, como en tantas otras leyes, por establecer un sistema propio de transitoriedad, de aplicación prioritaria al previsto en el Código civil⁴¹ y común a todas las normas reformadas. Resulta interesante señalar que en las Disposiciones transitorias de la Ley se persigue, por lo general, un efecto retroactivo del nuevo sistema de medidas de apoyo frente a las soluciones judiciales adoptadas con anterioridad a su entrada en vigor. Lo que contrasta, con lo sucedido, tiempo atrás, con el que fuera otro hito en la regulación de una figura relacionada con las personas con discapacidad (en ese momento denominadas locas o dementes, según la redacción dada al artículo 200 CC en vigor hasta el año 1983), nos referimos al Consejo de familia, para el que se estableció unos criterios bien distintos en orden a su implementación, como queda reflejado en el texto que ahora transcribimos incluido en la Exposición de Motivos⁴² y tan alejado de los criterios previstos en la norma del año 2021.

También tiene carácter en cierto modo excepcional del principio que domina en esta materia, la regla 10.^a, que establece ciertas restricciones a la introducción inmediata del consejo de familia cuando la tutela estaba ya constituida o constituyéndose al empezar a regir el Código. Siendo esta nueva institución enteramente desconocida en España, su establecimiento requiere temperamentos de lentitud y prudencia, si no ha de comprometerse su éxito. Por eso, aunque el Código, legislando para lo porvenir, dispone que los Jueces y Fiscales municipales procedan de oficio al nombramiento del consejo de familia si supieren que hay en su territorio alguna persona sujeta a tutela, la Sección entiende que este precepto no es aplicable sino a los menores o incapacitados cuya tutela no estuviese definitivamente constituida al empezar a regir el Código, sin perjuicio de que, tanto en este caso como en el de estar funcionando el tutor, deberá nombrarse el consejo cuando lo solicite persona interesada, y siempre que deba ejecutarse algún acto que requiera su intervención. Mientras no vaya entrando en las costumbres la nueva institución, la iniciativa fiscal para promover su uso podría más bien perjudicarla que favorecerla. Por la misma razón, cuando la tutela estuviese ya constituida bajo el régimen de la legislación anterior, no se deberá proceder al nombramiento del consejo sino a instancia de cualquiera de las personas que tengan derecho a formar parte de él, o del tutor; y seguramente no faltarán estas instancias, siendo tantos los casos en que los actos del menor o de la administración de su patrimonio no pueden verificarse legalmente sin la intervención del

⁴⁰ HERAS HERNÁNDEZ, en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, p. 436. «Dicho plazo se considera un plazo legal máximo que actúa de forma imperativa para impedir que las medidas establecidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley permanezcan por tiempo indeterminado. (...) el incumplimiento del plazo máximo legal podría suponer una auténtica vulneración del derecho fundamental a la igualdad jurídica cuando la revisión judicial no llegue a tiempo para todos».

⁴¹ Y como señala ESCARTÍN IPIENS, «Disposiciones transitorias del anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil y otras Leyes complementarias en materia de discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, v. V, nº 3 (julio-septiembre), 2018, pp. 227-245, esp. p. 228. El texto del Anteproyecto, sigue el criterio de incluir las Disposiciones Transitorias dentro de la Ley sancionadora de la reforma y no el de incluirlas en cada uno de los cuerpos legales reformados. «Al principio del debate, en la CGC, se sugirió incluir un breve texto, dentro del ámbito del Código Civil, por entender que ya este Código contiene trece disposiciones transitorias que proporcionan soluciones expresas a cada uno de los problemas de derecho transitorio, o fundamentan los criterios para la solución. En una palabra, sugirió la ponencia, que como ya las DD.TT. novena y décima del Código Civil contienen su criterio en cuanto a las tutelas y curatelas constituidas al amparo de la legislación anterior, bastaba introducir en ellas un ligero retoque y, por tanto, no era preciso otra regulación.

Frente a ello, el texto finalmente enviado ha seguido el sistema adoptado en las últimas reformas del Código Civil y, muy en particular, las de las Leyes de 13 de mayo de 1981, 7 de julio del mismo año y 24 de octubre de 1983, porque afectando a materias civiles, procesales y registrales, entre otras, se produce una interrelación de normas que no pueden separarse con espíritu reduccionista. Pero sí dejaba la ponencia planteado el tema».

⁴² Gaceta de Madrid, núm. 211, de 30 de julio de 1889.

consejo de familia. A estos casos, más que a la espontánea acción fiscal, se deberán con el tiempo la realidad práctica de la nueva institución.

En concreto, la Disposición transitoria décima del Código civil recoge que:

Los Jueces y los Fiscales municipales no procederán de oficio al nombramiento de los consejos de familia sino respecto a los menores cuya tutela no estuviere aún definitivamente constituida al empezar a regir el Código. Cuando el tutor o curador hubiere comenzado ya a ejercer su cargo, no se procederá al nombramiento del consejo hasta que lo solicite alguna de las personas que deban formar parte de él, o el mismo tutor o curador existente; y, entre tanto, quedará en suspenso el nombramiento del protutor.

En el caso de la reforma propiciada en el año 2021, las claves para entender el necesario tránsito de la situación de una persona con discapacidad que hubiese sido incapacitada o se hubiese modificado judicialmente su capacidad conforme a la antigua norma ha de buscarse en el tratamiento conjunto de las disposiciones transitorias 1ª, 2ª y 5ª de la Ley 8/2021⁴³. Y solo desde su estudio unitario se puede abarcar la trascendencia real que supone para las personas con discapacidad que el plazo de revisión de las sentencias se haya visto ampliado de 3 a 6 años, máxime si en la toma de esta decisión no parece que el legislador haya invertido el cuidado y la atención que el cambio normativo merecía.

Ya desde un inicio se podía esperar algo más que la parquedad expresada en el preámbulo de la norma de 2021: «En cuanto al régimen transitorio, se ha optado por una fórmula flexible, según la cual como regla general, las funciones de apoyo se ejercerán conforme a la nueva Ley desde su entrada en vigor y se establece una amplia legitimación para solicitar de la autoridad judicial, en cualquier momento, la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con arreglo al sistema anterior. La revisión también se podrá producir de oficio».

La Disposición transitoria primera puede entenderse la consecuencia lógica de la entrada en vigor de Ley 8/2021 y del tan repetido *cambio de paradigma* que devuelve⁴⁴ a las personas con discapacidad la gestión efectiva, en primera persona, de su capacidad jurídica⁴⁵, de ahí que se

⁴³ Resulta interesante en este punto recordar la advertencia que ESCARTÍN IPIENS, en su condición de Vocal de la Comisión General de Codificación, realiza al legislador, en orden a llamar su atención sobre que «deberá ser muy diligente cuando se enfrente a una materia como el Derecho intertemporal, sin ceder a la tentación de la fatiga; dado que, aunque estas normas son las últimas que redactan, están destinadas a ser las primeras que lean la comunidad de afectados y la comunidad de los curiales que deberán dar a aquéllos, adecuada respuesta», ESCARTÍN IPIENS, *RDC*, v. V, nº 3 (julio-septiembre), 2018, pp. 227-245, esp. p. 230.

⁴⁴ Aunque como señala TORRES COSTAS, esta Disposición transitoria no resulta de todo novedosa «Otras prohibiciones de derechos ciertamente habituales ya habían quedado sin efecto con anterioridad a la aprobación de esta ley, al haberse aprobado durante su elaboración y tramitación modificaciones legislativas que las dejaron sin efecto. (...) Así la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de LOREG suprimió la posibilidad de privar del derecho de sufragio a las personas con discapacidad. La entrada en vigor (...) supuso la derogación automática de la privación de este derecho a las personas que hubiesen sido privadas de él mediante sentencia de modificación de su capacidad». TORRES COSTAS, «Comentario a la Disposición Transitoria primera», en GARCÍA RUBIO/MORO ALMARAZ (Dirs.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2022, pp. 1247 ss., esp. p. 1248.

⁴⁵ Refiriéndose a la Disposición transitoria primera, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES (Notaria) señala que «Constituye una norma genérica, que refleja la ideología de la reforma, pero que es de difícil articulación práctica. (...) Para la articulación de esta disposición transitoria se estará a lo previsto en las siguientes, singularmente en relación a la curatela representativa». FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario a la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Aranzadi, 2021, pp. 38-39.

prevea para todas las situaciones nacidas al amparo de la antigua norma una solución imperativa de aplicación inmediata⁴⁶ que, por fin, dé cumplimiento en España a los mandatos contenidos en el artículo 12 de la Convención de 2006.

Por todo ello, el contenido de la Disposición transitoria 1ª ordena en relación a las *Privaciones de derechos actualmente existentes*: «A partir de la entrada en vigor de la presente Ley las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto».

En virtud de esta Disposición ninguna privación de derechos en orden al ejercicio de la capacidad, por razón de la discapacidad, será ya aplicable tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021⁴⁷, afectando así de manera retroactiva⁴⁸, con un efecto *renovador*⁴⁹ en nuestro Ordenamiento jurídico, anteponiendo su solución a las decisiones judiciales ya adoptadas conforme al régimen ahora derogado⁵⁰. En opinión de CHOZAS ALONSO se trata de una norma híbrida material-procesal⁵¹.

Y ello es así porque la nueva norma declara ineficaz cualquier privación de derechos, o de su ejercicio, hasta ahora establecidas por la ley o, por lo que es muy frecuente, por resoluciones judiciales firmes, normalmente sentencias de modificación de la capacidad, anteriormente denominadas «incapacitaciones» (en el grado máximo, o en el grado que fuera). Esto significa, en definitiva, que las personas que habían padecido una limitación total o parcial del ejercicio de sus derechos por razones de discapacidad quedarán automáticamente reintegradas en su capacidad «ipso iure», rompiendo, en el caso de las resoluciones jurisdiccionales, el efecto de la cosa juzgada material.

⁴⁶ ESCARTÍN IPIENS, *RDC*, v. V, nº 3 (julio-septiembre), 2018, pp. 227-245, esp. p. 231, «en adelante no puede haber discriminación entre las personas que con arreglo al Derecho que se reforma tuvieran ya declarada su incapacidad o estuvieran en proceso para declararla».

⁴⁷ DOMÍNGUEZ LUELMO, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, p. 1484 «tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, no se puede discriminar a las personas que ya estuvieran incapacitadas o cuya capacidad se hubiera modificado judicialmente con anterioridad. Sin embargo, para conseguir este objetivo el legislador tenía dos opciones: 1) Transformar *ex lege* el contenido de las sentencias de incapacidad, estableciendo su conversión en medidas de apoyo, en función de que la persona hubiera quedado sometida a tutela o curatela. 2) Imponer la obligación de revisar judicialmente todas las sentencias de incapacidad dictadas con anterioridad para acomodarlas al nuevo régimen de apoyo. El legislador ha optado por un sistema mixto que se contiene en las Disposiciones transitorias segunda y quinta».

⁴⁸ Siempre conforme a lo previsto en el 9.3 CE, en este sentido puede consultarse el comentario al artículo, en particular lo relativo a la diferencia entre la aplicación inmediata de la nueva ley y la aplicación retroactiva de la misma, amén de los tipos de retroactividad, MARRERO GARCÍA-ROJO, en CASAS BAAMONDE/RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (Dir.), *Comentarios a la Constitución española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 148 ss, esp. pp. 156 ss.

⁴⁹ LÓPEZ Y LÓPEZ, «Comentarios al artículo 2 del Código civil», en CAÑIZARES LASO (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 400 ss., esp. p. 403. Y en la misma obra, en el tomo V se señala como «Las disposiciones transitorias tienen la función de criterio orientador de aplicación de la regla del art. 2.3 CC (...)», CAÑIZARES LASO, «Comentarios a las Disposiciones transitorias del Código civil», en CAÑIZARES LASO (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 8767 ss., esp. p. 8771.

⁵⁰ En este sentido DOMÍNGUEZ LUELMO, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, pp. 1483-1484.

⁵¹ CHOZAS ALONSO, en *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021*, de 2 de junio al año de su entrada en vigor, pp. 1624-1625. «Si tenemos en cuenta que uno de los efectos, entre otros, de la cosa juzgada material, baluarte en defensa de la seguridad jurídica, siempre debe ser la permanencia en el tiempo de la situación jurídica constituida por la sentencia firme, es claro que la irrupción de la nueva legislación deja sin efecto miles y miles de privaciones de derechos establecidas judicialmente».

Seguidamente, la Disposición transitoria 2ª da una solución *ex lege* de cómo ha de materializarse la transición de una a otra norma. En concreto, en orden a la *Situación de tutores, curadores, defensores judiciales y guardadores de hecho. Situación de la patria potestad prorrogada o rehabilitada. Situación de las declaraciones de prodigalidad*.

Los tutores, curadores, con excepción de los curadores de los declarados pródigos, y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la legislación anterior ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor. A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos, a los curadores de los emancipados cuyos progenitores hubieran fallecido o estuvieran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley y de los menores que hubieran obtenido el beneficio de la mayor edad se les aplicarán las normas establecidas para el defensor judicial del menor.

Quienes vinieran actuando como guardadores de hecho sujetarán su actuación a las disposiciones de esta Ley.

Quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta.

Las medidas derivadas de las declaraciones de prodigalidad adoptadas de acuerdo con la legislación anterior continuarán vigentes hasta que se produzca la revisión prevista en la disposición transitoria quinta. Hasta ese momento, los curadores de los declarados pródigos continuarán ejerciendo sus cargos de conformidad con la legislación anterior.

Pero de la lectura de esta Disposición, claramente se desprende dos situaciones: la de los cargos de representación previos (tutela, curatela, defensor judicial) que, aun siendo mantenidos, son adaptados-transformados a la nueva norma (a la espera de una posterior revisión judicial) y que actuarán conforme a las nuevas figuras de las medidas de apoyos incorporadas en 2021. Y quienes permanecen en el cargo (patria potestad prorrogada o rehabilitada y curador del declarado pródigo), y en su ejercicio, conforme a la antigua norma, a la espera, también, de la revisión judicial⁵². En esta necesidad de ulterior revisión judicial es donde se encuentra la conexión con lo previsto en la Disposición transitoria quinta, cuando contempla el examen por el Juez de todas las sentencias previas, facultando su actuación de oficio, pudiendo así remover a quienes han sido mantenidos en aplicación de la Disposición transitoria segunda, o modificar o concretar sus funciones, las garantías, los periodos de revisión, o ser sustituido por una medida de apoyo informal... o infinidad de posibilidades, en consonancia con el tan repetido lema del «traje a medida».

Así, y de acuerdo con la Disposición transitoria 5ª y a pesar de lo previsto en las disposiciones 1ª y 2ª, todas las resoluciones judiciales previas, en última instancia, serán revisadas de oficio por el juez, en el plazo de tres años (ahora seis) para todos aquellos casos en los que no hubiesen ya actuado las personas enumeradas en el párrafo primero: *las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos*.

⁵² DOMÍNGUEZ LUELMO, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, p. 1486; MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel, «Régimen transitorio de la situación de tutores, curadores, defensores judiciales y guardadores de hecho. Situación de la patria potestad prorrogada o rehabilitada. Situación de las declaraciones de prodigalidad», LÓPEZ DIMÓ/LLEDÓ YAGÜE/FERRER VANRELL/EGUSQUIZA BALMASEDA (coords.), *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio al año de su entrada en vigor*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 747-753.

A la luz de todo lo tratado, se ha pretendido enfatizar la importancia que encierra el poder de revisión de todas las resoluciones judiciales dentro del periodo previsto en la norma transitoria y como esta facultad se dejó, como último recurso, en manos del poder judicial en un tiempo máximo de tres años (actualmente 6 años). Ahora bien, ya sea por parálisis o desinterés del colectivo judicial; por falta de un conocimiento real de la norma y del cambio radical que ella supone; por la insuficiencia de recursos (coste cero de la Memoria Económica); o por los motivos que fuere, la cuestión es que esta tarea tan importante, «crucial» no se ha materializado, como deja a las claras el hecho de haber tenido que modificar el plazo contenido en la Disposición transitoria quinta. Y lo relevante, ya no es sólo conocer qué ha llevado a este incumplimiento, la oportunidad o no de la decisión de ampliar el periodo de revisión de 3 a 6 años, sino, la denuncia de una falta de técnica legislativa en el modo en el que se ha actuado en esta ampliación de un plazo ya expirado.

Como insistentemente venimos manteniendo, el incumplimiento del plazo de tres años y su ampliación a seis no resulta irrelevante para los intereses de las personas con discapacidad, pues incumbe al ejercicio efectivo de su capacidad jurídica cuando este se vio afectado por una declaración judicial previa a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 y ello porque la solución del legislador de 2021 no fue establecer un periodo de acomodo y recuperación progresiva de la capacidad jurídica, sino que se estableció una dualidad temporal, entre «la inmediatez» de lo previsto en la Disposición transitoria 1ª, que resulta ser *ipso facto*, o en algunas de las órdenes incluidas en la Disposición transitoria 2ª, por ejemplo, en la decisión de la transformación automática del tutor nombrado a un mayor de edad a la figura de curador con facultades representativas de la nueva Ley; y la apertura de «un plazo» para la revisión de las resoluciones judiciales previas, en pro de una mayor garantía para las personas con discapacidad en el ejercicio efectivo de su capacidad jurídica y su adaptación al nuevo sistema de medidas de apoyo.

¿Qué significa que no se haya cumplido con la obligación prevista en la Disposición transitoria 5ª de revisar en tres años desde la entrada en vigor de la Ley 8/2021, todas las sentencias de incapacitación o de modificación judicial de la capacidad?

Conforme a la Disposición transitoria 2ª, todos los casos en los que en la sentencia anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 se hubiese nombrado a una persona como tutor, en adelante, pasará a ejercer su labor como «curador con facultades representativas» de acuerdo con la nueva Ley, siendo este un cambio inmediato, pero a expensas de la definitiva valoración judicial, porque, también aquí, y pese a la adaptación *ex lege*, la sentencia dictada de acuerdo con la antigua norma deberá ser revisada y adaptada, indicando si, en efecto, se precisa de un curador con facultades representativas y, de ser así, en qué casos ha de actuar, y bajo qué premisas y con qué facultades representativas. De este modo, en todos aquellos supuestos en los que los interesados, enumerados en el párrafo primero de la Disposición transitoria 5ª no hubieran actuado, el juez de oficio, o a instancia del Ministerio fiscal, cuenta ahora con un plazo de 6 años para valorar si verdaderamente la persona con discapacidad precisa de un curador con facultades representativas y, para el caso de que lo necesite, delimitar y ajustar el ámbito de actuación con carácter representativo. Lo que supone, en nuestra opinión, someter a algunas personas con discapacidad a un retraso muy considerable (de hasta seis años) en el disfrute efectivo y pleno de las consecuencias reales derivadas de la entrada en vigor de la nueva norma, sometiéndolas en todo este tiempo a un trato desigual, discriminatorio, entre quienes ya han visto revisada la resolución judicial previa de incapacitación y quienes no, y ello porque aunque los entonces

tutores actúen ahora como curadores de la nueva Ley, la realidad es que la norma transitoria ha optado por la figura del curador con facultades representativas (plenas, si nada decía la sentencia anterior para delimitar la labor del tutor), que aunque actuando siempre de acuerdo con un parámetro comúnmente establecido en la nueva norma (la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad), nada garantiza a la persona con discapacidad que, en el nuevo orden de cosas, la medida de apoyo oportuna fuera la resultante de la conversión automática del tutor a la figura de curador con facultades representativas⁵³. Es por ello lógico, y de ahí la norma prevista en la Disposición transitoria quinta, que un juez revise el caso concreto, pero esta esperada actuación se ve ahora demorada hasta tres años más, permitiendo todo este tiempo la forma de medida de apoyo más «invasiva» de origen no voluntario. Imaginemos el supuesto de una persona con discapacidad que hubiese sido incapacitada, en cuya sentencia se nombra un tutor sin delimitación exacta de actuaciones, y que tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 ve modificada la posición del tutor a la de curador con facultades representativas (plenas), podrá esperarse hasta seis años para ser revisada esta situación, incluso cuando esta solo se justifique, imaginemos, en el deseo del anterior tutor, ahora curador representativo, de no cambiar su posición y permanecer el mayor tiempo posible en esta situación⁵⁴.

Otro tanto puede decirse de la adaptación prevista para aquellos que, de acuerdo con una sentencia de incapacitación o de modificación de su capacidad, se les hubiese nombrado un curador, que desde la entrada en vigor de la nueva norma actuará conforme a los parámetros de los nuevos curadores, el problema de esta conversión automática –según el mandato de la Disposición transitoria 2ª–, y hasta su ulterior revisión judicial, surge, como denuncia DOMÍNGUEZ LUELMO⁵⁵, en todos aquellos casos en los que en las sentencias anterior de nombramiento del curador no se hubiesen detallado suficientemente los actos en los que debería actuar el curador.

Pero más gravosa resulta la situación de quienes fueron sometidos por sentencia firme a la potestad prorrogada o rehabilitada, pues pese a tratarse de figuras que han desaparecido tras la entrada en vigor de la nueva norma, se opta, en la Disposición transitoria segunda, por mantenerlas en su cargo, y en sus funciones, hasta que no se produzca la revisión judicial de las resoluciones por las que fueron nombradas. Esto es, a diferencia de lo previsto para quienes fueron nombrados tutores, curadores o defensores judiciales con anterioridad a 2021, la transitoria no prevé un efecto retroactivo de la nueva norma, sino la ultraactividad de la norma anterior. Adviértase de las consecuencias que supone para quienes continúan sometidos y regidos por las normas previas sobre patria potestad prorrogada o rehabilitada cuya situación puede verse prorrogada, ya no por un máximo de tres años⁵⁶, sino que se duplica el tiempo en el

⁵³ TORRES COSTAS, siguiendo la estela de ESCARTÍN IPIENS, denuncia que esta previsión «podría dar lugar en la práctica a que hubiera quien, tras la reforma, quedase en peor situación que antes de ella, lo cual resulta inconcebible», TORRES COSTAS, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, p.1254.

⁵⁴ Expresamente DOMÍNGUEZ LUELMO, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, p. 1488.

⁵⁵ DOMÍNGUEZ LUELMO, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, p. 1490.

⁵⁶ TORRES COSTAS, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, p. 1257, «se corre el riesgo de que, en los casos de progenitores excesivamente paternalistas o aferrados al sistema médico rehabilitador, la revisión no se inste antes del plazo máximo de tres años, o ni siquiera se haga después, a la espera de que, en todo caso, se promueva de oficio, con el fin de seguir dirigiendo la vida de su hijo o hija según el sistema sustitutivo de la voluntad y bajo el principio de mejor interés o superior interés objetivo, perpetuando así un modelo que vulnera los derechos propugnados por la DDPD».

que pueden seguir estando sometidos a una figura extinta, que se seguirá ejercitando conforme a la legislación anterior, en atención a que para este supuesto no se ha considerado, ni siquiera, la reconversión a la figura de la curatela con facultades representativas u otra medida de apoyo propia de la nueva norma.

No menos llamativo resulta el supuesto de quienes fueron declarados pródigos, figura también desaparecida por efecto de la Ley de 2021, pero cuyos curadores seguirán actuando conforme a la sentencia que los nombró y de acuerdo al régimen jurídico anterior, en tanto en cuanto no sean revisadas. Esto es, se prorroga, también en este caso, la situación otros tres años, manteniendo una figura que ya no existe y ejerciendo el curador su actividad conforme a la sentencia dictada y aplicando las normas anteriormente en vigor.

ESTELLÉS PERALTA⁵⁷ refiriéndose al plazo máximo de revisión previsto (en ese momento de tres años) alertaba del riesgo que esto suponía en orden a los derechos y libertades de las personas con discapacidad. Entiéndase ahora su aviso con un mayor nivel de alerta, cuando el plazo se ha visto aumentado de 3 a 6 años: «Debiera advertirse que la ausencia de solicitud voluntaria ya sea por el propio interesado o por quienes le prestan apoyo conlleva la ampliación al plazo máximo para hacer efectiva la revisión hasta un máximo de tres años, lo que puede beneficiar a los que prestan apoyos a la persona con discapacidad, al mantenerse a su «cargo» por más tiempo pero quizás no tanto a la persona concernida por la posible vulneración de sus derechos debida esta dilación encubierta»⁵⁸.

5. Un acercamiento al Derecho autonómico

Aunque solo sea con carácter enunciativo, nos gustaría acercarnos a la realidad de los Derechos autonómicos y al choque que estas otras realidades normativas pudieran suponer en la aplicación de los mandatos contenidos en las Disposiciones transitorias incluidas en la Ley 8/2021.

Si a los títulos competenciales nos remitimos, la Disposición final segunda de esta Ley prevé que:

(...) Los artículos segundo y quinto y las disposiciones transitoria primera, segunda y tercera se dictan al amparo de la competencia que corresponde al Estado en materia de legislación civil, conforme al artículo 149.1.8.^a de la Constitución.

Los artículos cuarto y séptimo, así como las disposiciones transitorias quinta y sexta se dictan al amparo de la competencia que corresponde al Estado en materia de legislación procesal, de acuerdo con el artículo 149.1.6.^a de la Constitución. (...)

⁵⁷ ESTELLÉS PERALTA, «Las disposiciones transitorias en la Ley 8/2021», en DE VERDA Y BEAMONTE (Dir.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 791-812, esp. pp. 810-811.

⁵⁸ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, en *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario a la Ley 8/2021, de 2 de junio*, p. 39. Como solución práctica, en todos aquellos casos en los que la sentencia no se haya revisado, estando ahora abierta esta posibilidad hasta septiembre de 2027, cabría considerar el remedio propuesto en su visión de la realidad como Notaria de FERNÁNDEZ-TRESGUERRES: «El notario deberá en todo documento que autorice posterior al 3 de septiembre de 2021, realizar una adaptación del contenido de la sentencia de incapacitación a la nueva ley, bajo su responsabilidad, hasta que recaiga su modificación judicial y establecer ésta en el documento público. Es decir, no denegará la autorización del documento, sino que adaptará la situación judicial a la nueva ley, y lo deberá hacer durante el plazo máximo de tres años desde su publicación».

La referencia en el artículo 149.1.8ª CE a la *conservación, modificación y desarrollo* de sus propias Legislaciones civiles nos lleva a poner el foco de atención en la legislaciones de Aragón y Cataluña, en concreto, en la reciente Ley aragonesa 3/2024⁵⁹, y en el Decreto Ley catalán 19/2021⁶⁰, sin olvidar que al tiempo de cerrarse estas líneas hay un proyecto de Ley catalán pendiente de aprobación.

Comenzando por la norma más reciente, la aragonesa, y siguiendo a BAYOD LÓPEZ, en su posición privilegiada de *intérprete auténtico* de la norma⁶¹, no solo por su condición de miembro de la Comisión aragonesa de Derecho civil, encargada de elaborar el Anteproyecto de modificación del Código del Derecho Foral aragonés, sino por ser la redactora directa de la propuesta del texto de las Disposiciones transitorias, texto que tras la presentación del informe de la ponencia al pleno de la Comisión, y su aprobación con alguna mejora de redacción y el añadido de dos transitorias (las sexta y séptima), fue luego definitivamente aprobado por las Cortes Aragonesas sin ser objeto de presentación de enmiendas en su tramitación parlamentario. De acuerdo con esta autora⁶², se enfatiza, porque así lo predica la Disposición transitoria primera, que desde la entrada en vigor de la norma, el 15 de julio de 2024, ya nadie *puede ser constituido en estado civil de incapacitado ni ver modificada su capacidad jurídica*⁶³, lo que siendo absolutamente cierto, ¿no venía sucediendo ya, también en Aragón, desde el 3 de septiembre de 2021, fecha de la entrada en vigor de la Ley 8/2021?

Todo ello nos dirige a una cuestión compleja, cual es la conexión entre las normas autonómicas sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y la Ley 8/2021 (incluidas sus Disposiciones transitorias 5ª y 6ª), por cuanto ésta no solo modifica normas de Derecho sustantivo, sino que incorpora una notabilísima transformación procesal con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Esto nos sitúa ante la paradoja de la vigencia de la antigua redacción del Código del Derecho Foral de Aragón hasta mediados del mes de julio de 2024, según el cual seguían vigentes figuras como *la tutela vía incapacitación judicial* (art. 38), mientras que los procedimientos judiciales de incapacitación, de modificación judicial de la capacidad, resultaban ser inviables desde el 3 de septiembre de 2021. Siendo así, resulta esencial determinar cuál sea la mejor interpretación, y aplicación práctica, entre lo contenido en el artículo 149.1.6 CE y el artículo 71.3ª del Estatuto de Autonomía de Aragón.

Esta colisión entre la nueva regulación procesal y la permanencia de la norma foral sustantiva genera una infinidad de problemas en la práctica, y como ejemplo de ello puede servirnos el contenido de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 3 de septiembre de 2022⁶⁴,

⁵⁹ Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas (BOE núm. 170, de 15 de julio de 2024).

⁶⁰ Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad, publicado en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* el 2 de septiembre de 2021 y que entra en vigor, de acuerdo con la Disposición final quinta, el 3 de septiembre de 2021 (BOE núm. 265, de 5 de noviembre de 2021).

⁶¹ BAYOD LÓPEZ, en *Reforma del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio). Comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, p. 206.

⁶² BAYOD LÓPEZ, en *Reforma del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio). Comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, p. 214.

⁶³ En el mismo sentido: LÓPEZ AZCONA, «Líneas maestras del nuevo sistema aragonés de apoyos a las personas con discapacidad (Ley 3/2024, de 23 de junio)», *Revista Jurídica del Notariado*, número 119 (julio-diciembre), 2024, pp. 459-496, esp. pp. 491-493.

⁶⁴ SAP HU 412/2022 - ECLI:ES:APHU:2022:412.

dictada en apelación de la sentencia de primera instancia de 21 de julio de 2021, esto es, una sentencia de primera instancia pronunciada escasamente dos meses antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, pero recurrida tras la entrada en vigor de la misma, donde se refleja la decisión (podría decirse general) de la exclusión de la aplicación del Derechos sustantivo de origen estatal, pese a la inviabilidad de la aplicación efectiva del Derecho sustantivo de carácter foral tras la reforma de la norma procesal.

En concreto, la sentencia de primera instancia de 21 de julio de 2021 había resuelto:

DECLARO INCAPAZ a XXX, tanto en lo que afecta a su persona como en lo relativo a sus bienes y patrimonio; privándole expresamente de la capacidad para otorgar testamento (...) Nombrar tutora de la incapaz a Doña YYYY, quién ejercerá el cargo con la extensión y límites establecidos en la Ley.

En cuanto a esta declaración de incapacitación, en apelación se solicita su revocación argumentando que al tiempo de adoptarse esta decisión estaba pendiente la entrada en vigor de la Ley 8/2021, por la que desaparece la declaración de incapacitación. A lo que la Audiencia Provincial responde que:

La sentencia se dictó aplicando la normativa vigente en el momento, por lo que no es reprochable que se aplicase dicha normativa, incluso aunque estuviera pendiente de entrada en vigor la Ley 8/2021, cuya Disposición transitoria 6ª, precisamente, parte de la validez de lo actuado hasta el momento de su entrada en vigor.

Además, la Ley 8/2021 reforma, entre otras leyes, el Código civil, pero no el Código de Derecho Foral de Aragón, que es la norma aplicable al supuesto.

Y ampliando su razonamiento, continúa afirmando la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, que aun cuando al tiempo del pronunciamiento de la sentencia de primera instancia todavía no se había transformado el Derecho Foral:

Ello no impide, sin embargo, que las normas sobre discapacidad deban interpretarse conforme a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que fue ratificado por España. Así se desprende del artículo 10.2 de nuestra Constitución, en la medida en que estas normas se refieran a derechos fundamentales.

Esa Convención obliga a los estados partes a reconocer que «todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna» y a garantizar a «todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo» (artículo 5.1 y 2). Asimismo, se prevé que «las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida».

De la mencionada regulación se desprende que no procedería una incapacitación o declaración de incapacidad como presupuesto previo para proveer a la persona con discapacidad de los apoyos necesarios. En ese sentido, la reforma antes mencionada hace desaparecer esta declaración del Código civil. Sin embargo, en el Código de Derecho Foral, las diferentes instituciones previstas para asistir a estas personas parten de una incapacitación previa (artículos 130, 148 y 156 para la tutela, curatela y guarda de hecho, respectivamente). Dicha incapacitación sigue regulada en el artículo 38. Pues bien, entendemos que una interpretación del Código de Derecho Foral, más acorde con los principios y directrices que establece la Convención mencionada, debería permitir la aplicación de

los mecanismos de apoyo necesarios en cada caso sin necesidad de hacer una expresa declaración de incapacidad. Eso sí, será necesario constatar en la sentencia que concurren los presupuestos del artículo 38 (enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma) siempre que ello sea, a su vez, presupuesto de la institución de asistencia de la que se pretenda hacer aplicación.

Concluyendo de todo lo anterior, dejar sin efecto la declaración de incapacitación, pero salvando las medidas dispuestas a favor del familiar que fue nombrado como tutor, pese a que la apelante pide que se revoque el nombramiento como tutora de su hija (nombrada conforme al Código de Derecho Foral aragonés) y que se adopten las correspondientes medidas de apoyo de la Ley estatal (Ley 8/2021), que elimina la tutela e instaura un nuevo sistema de medidas de apoyo para las personas con discapacidad.

Y lo primero que responde la Audiencia a esta petición es que «De nuevo hemos de contestar que esta reforma no afecta al Código de Derecho Foral de Aragón, que es la norma aplicable».

Afirmación que es incontestable, por cuanto la norma aragonesa ha permanecido en vigor hasta mediados del mes de julio de 2024, sin embargo, y ante los cambios producidos en las normas procesales que impiden desde septiembre de 2021 los procesos de incapacitación, se salva recurriendo antes al texto de la Convención⁶⁵ que a la norma estatal, dejando, por otro lado, en su argumentación una evidencia clara de la falta de comprensión del auténtico significado y alcance del tan repetido cambio de paradigma que inspiran los principios de la norma internacional aprobada en el año 2006:

Las instituciones previstas en el Código de Derecho Foral no coinciden, exactamente, con las que ahora prevé el Código civil, aunque sí hay posibles equivalencias. Es cierto que la tutela ha desaparecido del Código civil, pero dicho cuerpo legal regula la curatela representativa, que no es sustancialmente distinta de la tutela regulada en el Código de Derecho Foral. Por lo que no debe hacer inconveniente en que en un territorio con derecho foral vigente se apliquen las instituciones propias, con su propia denominación, aunque la misma difiera de la del Código Civil

De su argumentación parece deducirse que se trata de una mera cuestión estética, simplemente un cambio terminológico, obviando el tan repetido cambio de paradigma que la Ley 8/2021 encierra, en sintonía con los mandatos de la Convención.

Por ello, entendemos que la medida a adoptar para el apoyo a la Sra. XXX es la tutela, ya que su contenido (artículo 136 y siguientes del Código de Derecho Foral) es el que más se adecúa a la situación y necesidades de la demandada. No basta una persona que asista en la toma de determinadas decisiones, sino que es necesario que alguien decida por ella, la represente y tome la iniciativa en relación con todas las cuestiones relativas al cuidado de su persona y a la gestión de su patrimonio. Ya que ella no tiene iniciativa alguna y presenta discapacidad total para mantener su propio bienestar

Eso sí, una vez sostenido que no hay inconveniente en mantener la tutela del Derecho aragonés, porque no es más que el equivalente de lo que ahora en la Ley 8/2021 se corresponde con el

⁶⁵ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008), en vigor en España desde el 3 de mayo de 2008.

curador con facultades representativas (el mismo perro, pero con distinto collar), no se olvida de aplicar «la estética» de lo que debiera ser, pero que en modo alguno es:

El ejercicio de la tutela deberá llevarse a cabo, eso sí, respetando la voluntad y deseos de la Sra. XXX, siempre que ello sea posible, bien cuando así lo pueda exteriorizar, bien teniendo en cuenta la voluntad que haya exteriorizado en el pasado

Al tiempo que reconoce y admite que:

Se fija el contenido genérico de la tutela que prevé el Código de Derecho Foral ya que, aunque lo óptimo sería detallar algo más este contenido, no disponemos de elementos e información suficientes para resolver con mayor precisión

Quizás se debió fundamentar el escrito del recurso (dado que la sentencia de primera instancia se dictó antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, aplicando, como no podía ser de otro modo, la norma en ese momento en vigor y conforme a la vecindad civil de la persona con discapacidad) de acuerdo con lo previsto en la Disposición transitoria quinta de la Ley 8/2021. Esto es, teniendo la afectada la posibilidad, a partir del 3 de septiembre de 2021, de solicitar la revisión judicial de su sentencia de incapacitación previa a la reforma, petición a la que el juez debería dar respuesta en el plazo de un año. E incluso en el caso de falta de actuación de las personas habilitadas en el párrafo primero de la Disposición transitoria quinta, la actuación de oficio por parte del juez en un periodo de tres años, ahora seis. Porque, pese a su vecindad civil aragonesa, y a pesar de que el Código de Derecho Foral de Aragón no había sido aún modificado, lo cierto es que el legislador aragonés no tomó las precauciones que sí adoptó el legislador catalán y que, de haberlo hecho, habrían impedido las complicaciones que esta sentencia evidencian.

Pero además de lo ejemplificado a través del análisis de la sentencia referida, años después, en junio de 2024, cuando definitivamente se aprueba la reforma del Derecho foral, la cuestión, en orden a las Disposición Transitoria 5ª de la Ley 8/2021, tampoco resulta clara, subrayada la naturaleza procesal y no sustantiva de esta Disposición. Y ello porque las Disposiciones transitorias primera⁶⁶ y segunda⁶⁷ de la Ley aragonesa de 2024 resuelven la situación de las personas que con anterioridad hubiesen sido declaradas incapacitadas, o modificada judicialmente su capacidad, de manera automática *-ex lege-* e inmediata *-desde la entrada en vigor de la misma, el 15 de julio de 2024-*, lo que resulta una solución que afecta a la regulación material de la capacidad de las personas con discapacidad, y que apuesta por la fórmula, en nuestra opinión, más coherente y más adecuada con el respeto a los derechos de las personas con discapacidad⁶⁸, pero que resulta, además, lo más oportuno, si atenemos a que el legislador

⁶⁶ Disposición transitoria primera. «Eficacia inmediata.

Desde la entrada en vigor de esta ley nadie puede ser constituido en estado civil de incapacitado ni ver modificada su capacidad jurídica, y las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedan sin efecto».

⁶⁷ Disposición transitoria segunda. «Efecto retroactivo.

Las personas constituidas por sentencia judicial en estado civil de incapacitado, antes de la entrada en vigor de esta reforma recuperan su capacidad jurídica, que deberá ser ejercida, en su caso, con las medidas de apoyo que correspondan conforme a lo previsto en esta ley».

⁶⁸ BAYOD LÓPEZ, en *Reforma del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio)*. Comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, p. 213, «Una reforma que pretenda abolir la discriminación de las personas con discapacidad necesariamente debe tener efecto retroactivo y eliminar por ley el estado civil de incapacitado sin necesidad de revisar una a una y en el plazo determinado las sentencias

aragonés ya había dejado pasar más de tres años antes de pronunciarse, a diferencia del legislador catalán que, como veremos, se valió de una solución intermedia para salvar el riesgo de una posible aplicación de la solución estatal tras la desaparición de las normas procesales relativas a la modificación judicial de la capacidad. Pero la cuestión se complica en orden a lo previsto en la Disposición transitoria quinta de la norma aragonesa⁶⁹ cuando regula, de manera eventual y voluntaria, y sin sujeción a plazo, la revisión de las anteriores sentencias que declararan la incapacitación, habilitando *sine die* a los jueces a su actuación de oficio. Frente a la habilitación sometida a plazo para actuar de oficio en la revisión de «todas» las sentencias anteriores, no más allá del 27 de septiembre de 2027 que incorpora la Disposición transitoria 5ª de la Ley 8/2021.

Sobre este particular BAYOD LÓPEZ resuelve que «La competencia para establecer las normas de Derecho intertemporal corresponde también al legislador autonómico, al no ser esta una competencia exclusiva del legislador estatal y ser su contenido la sucesión y aplicación de normas de su competencia material», y ello, a pesar, de la naturaleza procesal del mandato contenido en la Disposición transitoria 5ª de la Ley estatal, mandato que no se acompasa, como ya hemos visto en orden a la habilitación en la actuación de oficio por parte de los jueces (que finaliza en 2027), con lo ordenado en la Disposición transitoria 5ª de la norma aragonesa (*sine die*).

En contraposición a lo sucedido en Aragón, el legislador catalán resultó ser más audaz en orden a solventar todas las dificultades ya señaladas, instando una modificación urgente del Código Civil Catalán en el año 2021, con el fin de generar una situación transitoria que iría desde la entrada en vigor de los cambios procesales contenidos en la Ley 8/2021 y la definitiva transformación del Código Civil Catalán (aún pendiente), eludiendo así la coyuntura de tener que decidir en todo este periodo sobre cuál fuera el más oportuno Derecho sustantivo a aplicar: si el nuevo sistema de medidas de apoyo del Código civil, o el sistema anterior, sin modificar, del Derecho autonómico. Para evitar que la balanza se inclinara, en el supuesto de una posible laguna, a favor de la primera de las soluciones, pues el sistema sustantivo catalán se basaba en el proceso judicial previo de modificación de la capacidad, se procede a la aprobación urgente de un Decreto-ley que da prioridad, en todo caso, a la solución autonómica. Así en la Exposición de Motivos se explica que:

Sin embargo, mientras el proceso de adaptación del Código civil de Cataluña a la Convención de Nueva York no culmine con la aprobación, por parte del Parlament de Catalunya, de los textos legales que implanten un nuevo régimen y la caracterización de las instituciones de apoyo a las personas con discapacidad, urge establecer un régimen transitorio que dé respuesta a las necesidades surgidas una vez abolida la modificación judicial de la capacidad y estructurada la respuesta procedimental al derecho de las personas al apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. De lo contrario, los titulares de los derechos que resultan de la Convención de Nueva York deberían esperar hasta la

constitutivas de tal privación, situación criticada en el ámbito de la Ley 8/2021, que ha contribuido al colapso de los juzgados».

⁶⁹ Disposición transitoria quinta. «Revisión de las medidas ya acordadas.

1. Las personas con discapacidad que hubiesen visto modificada judicialmente su capacidad jurídica, así como quienes les presten apoyo conforme a lo establecido en las disposiciones transitorias anteriores, podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley. Dichas medidas, mientras no sean modificadas, deberán ser interpretadas conforme al Derecho vigente.

2. La autoridad judicial, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, podrá revisar aquellos casos en los que no haya mediado solicitud de modificación de medidas acordadas conforme al Derecho anterior, cuando considere necesaria una adaptación expresa de las medidas a la nueva legalidad vigente».

conclusión del proceso de reforma, aunque la legislación estatal ya ha removido el principal obstáculo que se oponía a la implantación efectiva de la convención. Además, en la práctica, se podría plantear la duda de qué medida solicitar para la persona que necesita apoyo en los nuevos procedimientos de provisión de medidas de apoyo que se emprendan en Cataluña, una vez que se ha hecho inviable seguir aplicando la tutela, la curatela o la potestad prorrogada o rehabilitada.

Así pues, a partir de la entrada en vigor de la reforma de la legislación procesal operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, hay que establecer urgentemente un régimen legal adaptado a las premisas de la Convención de Nueva York y que sirva para dar respuesta a los nuevos procedimientos de provisión de apoyos que se emprendan a partir de ahora en Cataluña. El mismo régimen servirá también de referencia para revisar las medidas aplicadas a las personas que en la actualidad se encuentran sujetas a alguna de las instituciones tutelares reguladas por la legislación civil catalana.

Aunque en la misma Exposición de Motivos se hace hincapié en que, de no haberse producido esta reforma legal urgente, se hubiese visto abocado a una laguna legal imposible de completar con norma alguna, descartando, expresamente, la aplicación del Derecho estatal a este caso (art. 149.1.3 *in fine*), y ello pese a la afectación de los Derechos fundamentales y las Libertades públicas que supone en orden a las personas con discapacidad, y al principio básico de no discriminación, no ahora por su discapacidad, sino por la vecindad civil que se ostente (artículo 149.1.1ª), sin entrar en el debate sobre la posibilidad de existencia, o no, de lagunas en el ordenamiento jurídico.

Si no se aprueba de manera inmediata una modificación legislativa, la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, generaría un vacío legal en Cataluña, porque suprime el procedimiento judicial de modificación de la capacidad. Cataluña dispone de una regulación civil propia en la materia, constitucionalmente protegida y actualmente vigente. Esta Ley estatal, con respecto a su contenido no procesal, de derecho civil sustantivo, no es de aplicación directa, ni tampoco de aplicación supletoria en Cataluña, de acuerdo con los artículos 111-2 y 111-5 del Código civil de Cataluña. La regulación civil catalana se vería fuertemente afectada por la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, si no se regulan los apoyos que se acomodan a la nueva concepción de la capacidad, vista la gran relevancia de las modificaciones de carácter procesal que esta norma contiene. En este sentido, la laguna legal podría comportar indefensión para las personas en situación de discapacidad mayores de edad que necesiten apoyos para ejercer la capacidad jurídica, a la vez que podría dar pie a varias interpretaciones jurídicas por parte de los distintos operadores jurídicos, lo que produciría situaciones excesivamente diferentes e incluso contradictorias y, en definitiva, incertidumbre y falta de seguridad jurídica. Por ello, la Generalitat de Catalunya, competente en derecho civil, tiene que llenar este vacío legal, hasta que no esté concluida la regulación definitiva».

La idea de este Decreto-ley catalán de 2021 es una suerte de norma interina (transitoria) entre la nueva realidad procesal generada tras la entrada en vigor de la Ley estatal, la Ley 8/2021, y la que será la regulación sustantiva de la materia por el Código civil catalán tras la nueva reforma. Así en la Disposición final cuarta del Decreto-ley de 2021 se insta a la presentación de un Proyecto de ley en materia de apoyos a la capacidad jurídica para las personas con discapacidad en el plazo de 12 meses desde la entrada en vigor del Decreto-ley que modifique el Código Civil Catalán.

Conforme al texto del Proyecto actualmente en tramitación⁷⁰, en su Disposición transitoria segunda, se prevé, en relación a las medidas judiciales distintas a la asistencia que hubiesen sido

⁷⁰ RIBOT IGUALADA, «La proyectada reforma del Código civil de Cataluña en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica», en ÁLVAREZ LATA (Coord.), *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su*

adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto-ley 19/2021, y que no hubiesen sido ya revisados conforme al mismo, que se revisen en el plazo máximo de tres años a partir de que entre en vigor la proyectada modificación del CCC, añadiendo que en el caso de que la revisión no sea solicitada en el plazo de tres años desde la entrada en vigor, en el número tres, parece ampliarse el plazo otros tres años más para la actuación de oficio por parte del juez, lo que excedería en el tiempo la autorización hecha en la norma de naturaleza procesal estatal (la Disposición transitoria quinta de la Ley 8/2021) que se agotará, según su nueva redacción, el 3 de septiembre de 2027. En consecuencia, de aprobarse en estos términos la reforma del Código Civil Catalán, los jueces verían, nuevamente, ampliada su habilitación para actuar de oficio en la revisión de estas sentencias, aunque solo en los casos en los que se aplicara el Derecho sustantivo catalán.

Por su parte, la Disposición transitoria segunda del Decreto-ley de 2021, que también entró en vigor el 3 de septiembre de 2021, guarda, sustancialmente, conexión con el plazo de revisión de tres años previsto en la primera redacción de la Disposición transitoria 5ª de la Ley 8/2021, así en la norma catalana se recoge en sus números 3 y 4:

3. Las personas con la capacidad modificada judicialmente, los progenitores que tienen la potestad parental prorrogada o rehabilitada y las personas que ejercen cargos tutelares o de curatela pueden solicitar en cualquier momento la revisión de las medidas que se hayan establecido para adaptarlas a la supresión de la modificación judicial de la capacidad y aplicar, si procede, el régimen de asistencia que regulan los artículos 226-1 a 226-8 del Código civil de Cataluña. La revisión de las medidas se tiene que realizar en el plazo máximo de un año desde la solicitud.
4. En caso de no existir la solicitud mencionada en el apartado 3, la revisión la tienen que realizar de oficio la autoridad judicial, o a instancia del ministerio fiscal, en un plazo máximo de tres años desde la entrada en vigor de este decreto-ley.

No obstante, tras la reforma de la Disposición transitoria quinta de la Ley 8/2021, y dada su naturaleza procesal, cabría entender que el plazo máximo para la revisión de oficio se ha extendido hasta los seis años, también, para los jueces que actúen en aplicación de la norma sustantiva catalana conforme a la Disposición anteriormente transcrita. Esto es, que la habilitación para la revisión de las sentencias dictadas con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto-ley catalán de 2021 y de acuerdo con sus normas sustantivas, será posible pasado el 3 de septiembre de 2024 (fin del periodo de tres años marcado) y a la espera de lo que se apruebe en la proyectada reforma del CCC.

6. Bibliografía

ÁLVAREZ LATA, Natalia (Coord.), *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2022

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia, «Prórroga del plazo establecido en la disposición transitoria tercera de la Ley 18/1990», *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 46, nº 1 (enero-junio 1994), pp. 441 ss.

incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica, Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2022, pp. 161 ss.

BAYOD LÓPEZ, Carmen, «Disposiciones Transitorias», en BAYOD LÓPEZ, Carmen (Coorda.), *Reforma del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio). Comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Colex, A Coruña, 2024, pp. 205 ss.

BAYOD LÓPEZ, Carmen (Coorda.), *Reforma del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio). Comentada por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Colex, A Coruña, 2024.

CAÑIZARES LASO, Ana (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

CAÑIZARES LASO, Ana, «Comentarios a las Disposiciones transitorias del Código civil», en CAÑIZARES LASO, Ana (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. V, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 8767 ss.

CASAS BAAMONDE, María Emilia, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (Dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

CASTRO Y BRAVO, Federico de, *Derecho Civil Español*, Civitas, Madrid, 1984 (reedición de en un solo volumen de los dos publicados por el Instituto de Estudios Políticos en 1949 y 1952).

CHAPARRO MATAMOROS/BUENO BIOT/DE VERDA Y BEAMONTE (Coords.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

CHOZAS ALONSO, José Manuel, «Disposiciones transitorias de carácter procesal», en LÓPEZ SIMÓ/LLEDÓ YAGÜE/FERRER VANRELL/EGUSQUIZA BALMASEDA (coords.), *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio al año de su entrada en vigor*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 1619 ss.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, v. 1, sexta edición, Tecnos, Madrid, 1988.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «Disposiciones transitorias», en GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 1483 ss.

ESCARTÍN IPIENS, José Antonio, «Disposiciones transitorias del anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil y otras Leyes complementarias en materia de discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, v. V, nº 3 (julio-septiembre), 2018, pp. 227 ss.

ESTELLÉS PERALTA, Pilar María, «Las disposiciones transitorias en la Ley 8/2021», en DE VERDA Y BEAMONTE (Dir.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 791 ss.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana, *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario a la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Aranzadi, 2021.

GARCÍA RUBIO, María Paz y MORO ALMARAZ, María Jesús (Dirs.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2022.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021.

HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, «Régimen transitorio en la reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica», en PEREÑA VICENTE/HERAS HERNÁNDEZ, (Dirs.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 407 ss.

HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, Antonio, «Comentarios a las Disposiciones transitorias 1ª a 4ª del Código civil», en HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS/ALMAGRO NOSETE/ALBALADEJO GARCÍA/AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, Ministerio de Justicia de España, Madrid, 1991, pp. 2180 ss.

LÓPEZ AZCONA, Aurora, «Líneas maestras del nuevo sistema aragonés de apoyos a las personas con discapacidad (Ley 3/2024, de 23 de junio)», *Revista Jurídica del Notariado*, número 119 (julio-diciembre), 2024, pp. 459 ss.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M., «Comentarios al artículo 2 del Código civil», en CAÑIZARES LASO, Ana (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 400 ss.

LÓPEZ SIMÓ, Francisco, LLEDÓ YAGÜE, Francisco, FERRER VANRELL, María Pilar, EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles (Coords.), *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio al año de su entrada en vigor*, Dykinson, Madrid, 2022.

MARRERO GARCÍA-ROJO, Ángel, «Artículo 9.3. Los principios garantizados en la Constitución», en CASAS BAAMONDE, María Emilia, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (Dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 148 ss.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, «Disposiciones transitorias», v/lex, <https://vlex.es/vid/disposiciones-transitorias-266115>

MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel, «Régimen transitorio de la situación de tutores, curadores, defensores judiciales y guardadores de hecho. Situación de la patria potestad prorrogada o rehabilitada. Situación de las declaraciones de prodigalidad», en LÓPEZ SIMÓ/LLEDÓ YAGÜE/FERRER VANRELL/EGUSQUIZA BALMASEDA (Coords.), *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio al año de su entrada en vigor*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 747 ss.

PEREÑA VICENTE, Montserrat, HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar (Dirs.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

RIBOT IGUALADA, Jordi, «La proyectada reforma del Código civil de Cataluña en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica», en ÁLVAREZ LATA, Natalia (Coord.), *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2022, pp. 161 ss.

SANTOS URBANEJA, Fernando, «Reforma de la Ley de Jurisdicción voluntaria», en DE VERDA Y BEAMONTE (Dir.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 745 ss.

TORRES COSTAS, María Eugenia, «Comentario a la Disposición Transitoria primera», en GARCÍA RUBIO, María Paz y MORO ALMARAZ, María Jesús (Dirs.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2022, pp. 1247 ss.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón De, «Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia», en DE VERDA Y BEAMONTE (Dir.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 55 ss.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón De (Dir.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, *La irretroactividad: problemática general*, Dykinson, Madrid, 2006.

La responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos: análisis de la Directiva (UE) 2024/2853 y una propuesta de *lege ferenda* de incorporación al Ordenamiento español

Sumario

-

Este trabajo analiza el nuevo régimen jurídico de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos introducido por la Directiva (UE) 2024/2853, que deroga y sustituye a la Directiva 85/374/CEE. Se examinan las principales novedades del nuevo marco normativo, como la ampliación del concepto de producto (incluyendo bienes intangibles y servicios digitales), la inclusión de nuevos tipos de daños indemnizables y la identificación de nuevos operadores económicos responsables (como plataformas en línea o prestadores de servicios logísticos). También se abordan cuestiones procesales relevantes, como la carga de la prueba y la incorporación de presunciones iuris tantum, que facilitan el acceso a la indemnización por parte de los perjudicados. En la segunda parte del trabajo se formula una propuesta de lege ferenda de transposición de esta Directiva al Ordenamiento jurídico español, defendiendo la necesidad de una ley especial independiente (ajena al TRLGDCU), con el objetivo de garantizar una correcta transposición de sus principios. El trabajo concluye con una valoración crítica de la Directiva, destacando sus luces y sombras, y subraya la importancia de su correcta transposición para alcanzar un equilibrio entre la protección de los perjudicados y la seguridad jurídica de los operadores económicos.

Abstract

-

This paper analyzes the new legal framework for liability for defective products introduced by Directive (EU) 2024/2853, which repeals and replaces Directive 85/374/EEC. It examines the main innovations of the new regime, such as the expanded concept of product (including intangible goods and digital services), the inclusion of new types of compensable damage, and the identification of new economic operators liable (such as online platforms or logistics service providers). The study also addresses relevant procedural issues, including the burden of proof and the incorporation of rebuttable presumptions (iuris tantum) that facilitate access to compensation for injured parties. In the second part, the paper puts forward a lege ferenda proposal for transposition this Directive into Spanish law, arguing for the adoption of a special, standalone statute (outside the scope of the TRLGDCU) in order to ensure proper transposition of its principles. The paper concludes with a critical assessment of the Directive, highlighting both its strengths and weaknesses, and underscores the importance of effective transposition to achieve a balance between the protection of injured parties and the legal certainty of economic operators.

Title: liability for defective products: analysis of Directive (eu) 2024/2853 and a lege ferenda proposal for its implementation in spanish law

-

Palabras clave: Producto defectuoso, daño, responsabilidad civil, operadores económicos, causas de exoneración de responsabilidad, transposición al Derecho español.

Keywords: *Defective product, damage, civil liability, economic operators, causes of exoneration from liability, transposition into spanish law.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2025.i3.07

3.2025

Recepción
21/04/2025

-
Aceptación
03/06/2025

-

Índice

-

1. Planteamiento

2. El nuevo marco normativo de la responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos

- 2.1. Objeto y ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2024/2853
- 2.2. La redefinición del concepto de producto defectuoso
- 2.3. Tipos de daños susceptibles de indemnización
- 2.4. ¿Quién tiene derecho a exigir una indemnización por los daños ocasionados por un producto defectuoso?
- 2.5. Operadores económicos responsables de los daños ocasionados por los productos defectuosos: ¿quién responde?
- 2.6. Causas de exención o limitación de responsabilidad
- 2.7. Cuestiones procesales y de prueba: principales novedades
- 2.8. Plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad y plazo de extinción de la responsabilidad de los operadores económicos

3. La transposición de la Directiva (UE) 2024/2853 al Derecho español: una propuesta de lege ferenda

- 3.1. La responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos: ¿una materia del ámbito del Derecho de consumo o del Derecho de daños?
- 3.2. Propuesta de *lege ferenda* de incorporación de la Directiva (UE) 2024/2853 al Ordenamiento español

4. A modo de conclusión: valoración de la nueva Directiva

5. Bibliografía

-

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

1. Planteamiento*

Hasta la fecha el régimen legal de la responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos estaba contenido en la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio (y en el Ordenamiento español, en los arts. 128 a 149 TRLGDCU). Esta regulación europea, que se aprobó en 1985, puede afirmarse que ha cumplido de manera satisfactoria su finalidad: que las personas perjudicadas pudieran recibir una indemnización por las lesiones corporales o los daños materiales provocados por un producto defectuoso simplemente demostrando que el producto era defectuoso y que el defecto provocó las lesiones o los daños. Sin embargo, desde hace unos años existía cierto consenso en la necesidad de revisar dicha normativa europea para corregir sus deficiencias y adaptarla a las nuevas realidades que derivan de la era digital y de la inteligencia artificial, a fin de garantizar una adecuada protección a las personas que pueden resultar perjudicadas¹. Desde la aprobación de la citada Directiva en 1985, los avances técnicos y las nuevas realidades, que están ya presentes en la vida cotidiana de las personas (y las que están por llegar), han sido innumerables y de mucho calado. Por ello se entendía necesario revisar la definición actual de producto (que puede considerarse desfasada). Así, por ejemplo, los programas informáticos y los datos digitales desempeñan, en la actualidad, un papel esencial en el funcionamiento seguro de muchos productos. Sin embargo, no está claro en qué medida dichos elementos intangibles pueden clasificarse como productos conforme al actual marco normativo y si una persona tiene derecho a ser resarcida por los daños causados por el *software* (incluidas sus actualizaciones), y quién es el responsable de dichos daños (la complejidad de las tecnologías puede dificultar que la persona perjudicada identifique al productor responsable). También era preciso adaptar las normas de responsabilidad por los daños ocasionados por los productos defectuosos para proteger los intereses de las personas perjudicadas ante las nuevas situaciones generadas en una economía circular y digital (pensemos en un producto reparado o reacondicionado después de su puesta en circulación: ¿quién debe responder de los daños ocasionados por un defecto en ese producto reparado o reacondicionado?), así como las relacionadas con la inteligencia artificial.

En la Nueva Agenda del Consumidor (2020-2025) de la UE, ya se apuntaba el impulso de una serie de iniciativas con la finalidad de actualizar las normas a la realidad actual y garantizar una protección adecuada. Entre otras medidas, pueden citarse las siguientes:

- a) Una nueva regulación de la seguridad general de los productos que se ha materializado en la aprobación en 2023 del Reglamento relativo a la seguridad general de los productos, que deroga la Directiva 2001/95/CE.

* Máximo Juan Pérez García (maximojuan.perez@uam.es) ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3892-9021>

Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «La protección del consumidor en la era digital» (PID2021-122985NB-I00), financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

Algunas ideas contenidas en este trabajo se han publicado previamente en el Blog de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid: <https://www.blog.fder.uam.es/responsabilidad-por-los-danos-causados-por-los-productos-defectuosos-y-la-directiva-ue-2024-2853-de-23-de-octubre/> [14-1-2025].

¹ En este mismo sentido, GARCÍA VIDAL, «La reforma del Derecho europeo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos», en LARA GONZÁLEZ/PÉREZ MORIONES (coords.), *Tratando del Derecho de consumo*, Aranzadi, Las Rozas (Madrid), 2025, p. 466.

Para una aproximación al proceso de análisis realizado por la UE sobre la necesidad de reformar la normativa europea de 1985 sobre responsabilidad por los daños ocasionados por productos defectuosos, véase, GOMEZ LIGÜERRE, «La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos», *InDret*, 4-2022, p. i. Disponible en <https://indret.com/wp-content/uploads/2022/10/Editorial-InDret-2022-numerada.pdf> [Consulta: 21 abril 2025].

b) La adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial. En este sentido, la Comisión Europea publicó en 2022 una propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de inteligencia artificial², aunque nunca ha llegado a aprobarse (en febrero de 2025, la Comisión anunció que retiraba la propuesta de Directiva³).

c) Y vinculado con lo anterior, la necesaria adaptación de las normas sobre responsabilidad por productos defectuosos a los avances tecnológicos, el mundo digital y la economía circular, que se ha materializado en la aprobación de la Directiva (UE) 2024/2853, de 23 de octubre, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo (DOUE 18-11-2024).

Centraré mi atención en el análisis de la citada Directiva (UE) 2024/2853. En la primera parte del trabajo expondré el régimen jurídico de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, destacando las principales novedades derivadas de la aprobación de la nueva Directiva, así como los aspectos que, en mi opinión, son más controvertidos y merecedores de crítica. Debo realizar dos advertencias previas sobre la finalidad o el objetivo de esta investigación. En primer lugar, este trabajo no tiene por objeto realizar un estudio pormenorizado sobre el proceso prelegislativo de aprobación de la citada Directiva ni de las distintas propuestas doctrinales que en los últimos años se han planteado para adaptar la normativa de la responsabilidad por los daños ocasionados por productos defectuosos a las nuevas realidades fruto de los avances tecnológicos⁴. Y, en segundo lugar, este estudio tampoco

² Para una breve aproximación a esta propuesta de Directiva, pueden consultarse los siguientes trabajos: AYO FERRÁNDIZ/SEIJO BAR/GARRE ANGUERA DE SOJO/GONZÁLEZ GUILLÉN, «Responsabilidad civil e inteligencia artificial», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 67, mayo 2025, pp. 34-35. Disponible en https://www.uria.com/documentos/publicaciones/9326/documento/AJUM_67-2025.pdf?id=14010&forceDownload=true [Consulta: 13 junio 2025] y CELESTE DANESI, Derechos del consumidor en la encrucijada de la inteligencia artificial: la necesaria reforma de la Directiva de productos defectuosos, 2024, pp. 299-301.

³ Véase: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_25_466 (anexo IV) [Consulta: 21 abril 2025].

⁴ Entre otros, pueden citarse los siguientes trabajos de la doctrina española que realizan interesantes aportaciones sobre la materia: HERBOSA MARTÍNEZ, «Encaje de los sistemas de IA en la definición de producto en la legislación de productos defectuosos: Análisis de la legislación vigente con la vista puesta en la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo de 28 de septiembre de 2022 (COM/2022/495)», *InDret*, 3-2024, pp. 52-98. Disponible en <https://indret.com/wp-content/uploads/2024/07/1885.pdf> [Consulta: 24 junio 2025]; MARTÍN CASALS, «Las Propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial», *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 55-100 (en concreto, pp. 74-93). Disponible en <https://indret.com/wp-content/uploads/2023/07/1806.pdf> [Consulta: 24 junio 2025]; MUÑOZ GARCÍA, «Adaptar o reformular la directiva 85/374 sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la inteligencia artificial: últimas novedades», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 793, 2022, pp. 2886-2908; NAVARRO-MICHEL, «Vehículos automatizados y responsabilidad por producto», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5, octubre-diciembre 2020, pp. 175-223; NAVAS NAVARRO, «Régimen europeo en ciernes en materia de responsabilidad derivada de los sistemas de inteligencia artificial», *Revista Cesco de Derecho de consumo*, núm. 44, 2022, pp. 43-67. Disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/3239/2531> [Consulta: 24 junio 2025].

En el ámbito europeo, deben destacarse las numerosas aportaciones sobre la materia que se han gestado en el marco del *European Law Institute* (ELI) y que han sido especialmente relevantes [muchas de las ideas y recomendaciones que contenían los documentos ELI se han incorporado a la Directiva (UE) 2024/2853]. En este sentido, pueden consultarse los siguientes documentos: EUROPEAN LAW INSTITUTE, *ELI Draft of a Revised Product Liability Directive. Draft Legislative Proposal of the European Law Institute*, European Law Institute, Viena, 2022. Disponible en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Draft_of_a_Revised_Product

tiene por finalidad realizar un análisis de la evolución de la jurisprudencia del TJUE sobre la materia. En todo caso, debe tenerse en cuenta que las sentencias del TJUE son muy relevantes en este ámbito, pues no solo han permitido ir adaptando la aplicación de la normativa vigente a las nuevas realidades derivadas de los avances tecnológicos que se han ido dando en la práctica, sino que también han influido, sin duda, en la configuración del nuevo marco normativo que establece la Directiva (UE) 2024/2853 (la doctrina jurisprudencial del TJUE sobre la materia se ha tomado en consideración por el legislador europeo y ha sido positivizada en muchas ocasiones en la nueva Directiva).

En la segunda parte del trabajo me centraré en el análisis de la necesaria transposición de la Directiva (UE) 2024/2853 al Derecho español (que debe realizarse a más tardar el 9 de diciembre de 2026, conforme a lo dispuesto en su artículo 22). En concreto, expondré las razones por las cuales considero que esta materia, a partir de ahora, no debe regularse en el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, sino en una ley especial independiente o incluso en el Código civil (si en el futuro se aborda por el legislador su reforma, lo cual no parece muy probable). Además, esbozaré una propuesta *de lege ferenda* que incorpore a nuestro Ordenamiento las reglas y principios de la Directiva, que conllevará la derogación de los vigentes artículos 128 a 149 TRLGDCU.

2. El nuevo marco normativo de la responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos

La aprobación de la Directiva (UE) 2024/2853 tiene como objetivo «contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los consumidores y otras personas físicas» (art. 1). A continuación, analizaré los aspectos clave de la mencionada Directiva (objeto, ámbito de aplicación, conceptos principales y su contenido más relevante) para delimitar el nuevo marco normativo de la responsabilidad por los daños ocasionados por los productos defectuosos.

2.1. Objeto y ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2024/2853

La mencionada Directiva tiene por objeto establecer «normas comunes sobre la responsabilidad de los operadores económicos por los daños sufridos por personas físicas causados por productos defectuosos y sobre la indemnización por esos daños» (art. 1)⁵. Persigue una armonización

[Liability Directive.pdf](#) [Consulta: 13 junio 2025]; EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Response of the European Law Institute (ELI) to the Public Consultation of the European Commission on Civil Liability. Adapting liability rules to the digital age and artificial intelligence*, (autores KOCH; BORGHETTI; MACHNIKOWSKI; PICHONNAZ; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL; TWIGG-FLESNER; WENDEHORST), European Law Institute, Viena, 2022. Disponible en https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Response_to_Public_Consultation_on_Civil_Liability.pdf. [Consulta: 13 junio 2025]; EUROPEAN LAW INSTITUTE, *European Commission's Proposal for a Revised Product Liability Directive. Feedback of the European Law Institute*, European Law Institute, Viena, 2023. Disponible en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_on_the_EC_Proposal_for_a_Revised_Product_Liability_Directive.pdf [Consulta: 13 junio 2025].

⁵ GOMEZ LIGÜERRE, «La nueva Directiva de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos», *La Ley Unión Europea*, núm. 133, febrero 2025, p. 4, afirma que «la nueva Directiva es, más allá de los problemas competenciales que acompañan a este tipo de iniciativas en la Unión, una norma de derecho de daños y así debe leerse, entenderse y aplicarse».

máxima⁶, pues impide a los Estados miembros mantener o introducir, en sus Derechos nacionales, disposiciones que se aparten de lo establecido en la Directiva, salvo que en la misma se disponga lo contrario (art. 3)⁷.

En lo referente al ámbito de aplicación temporal, debe indicarse que el nuevo régimen jurídico únicamente resulta «aplicable a los productos introducidos en el mercado o puestos en servicio después del 9 de diciembre de 2026» (art. 2), que es la fecha límite que tienen los Estados miembros para realizar la transposición de la Directiva a sus ordenamientos internos (art. 22). Por tanto, debe tenerse en cuenta que el régimen de responsabilidad de la Directiva 85/374/CEE seguirá aplicándose a los productos que hubieran sido introducidos en el mercado o puestos en servicio antes de esa fecha (art. 21)⁸.

En lo concerniente al ámbito de aplicación territorial, la Directiva (UE) 2024/2853 se aplica a los productos comercializados dentro de la UE. Aunque, como veremos más adelante, la nueva normativa presenta una novedad relevante: hace responsables no solo a los fabricantes, importadores o distribuidores del producto, sino también a determinados operadores económicos como, por ejemplo, las plataformas en línea, los prestadores de servicios logísticos o los sujetos que modifican sustancialmente un producto y lo comercializan. Se trata de una diferencia importante respecto de lo dispuesto en la Directiva 85/374/CEE, que no contenía ninguna referencia a estos operadores.

2.2. La redefinición del concepto de producto defectuoso

Una de las novedades (y de las claves) de la regulación contenida en la Directiva (UE) 2024/2853 es la referente a la ampliación del concepto de producto⁹. A diferencia de lo que establecía la Directiva de 1985 (en la que el concepto de producto se limitaba, con carácter general, a bienes tangibles), en la nueva normativa europea se incluyen tanto los bienes tangibles como los intangibles. Ello permite incluir dentro de su ámbito de protección al *software*, los programas

⁶ GOMEZ LIGÜERRE, *La Ley Unión Europea*, núm. 133, febrero 2025, p. 4, se muestra crítico con la decisión de convertir la nueva norma europea en una directiva de máximos y afirma que «son dudosas las ventajas» que presenta esta opción «en un contexto normativo ya consolidado como es el de la responsabilidad por productos defectuosos en los derechos nacionales de la Unión».

⁷ GARCÍA VIDAL, en *Tratando del Derecho de consumo*, pp. 468-469, afirma que el artículo 3 de la nueva Directiva, sobre la base de la jurisprudencia del TJUE en la materia, «introduce ahora una previsión expresa del carácter completo de la armonización».

⁸ QUIJANO GONZÁLEZ, «La responsabilidad del fabricante», en LARA GONZÁLEZ/PÉREZ MORIONES (coords.), *Tratando del Derecho de consumo*, Aranzadi, Las Rozas (Madrid), 2025, p. 432.

⁹ GONZÁLEZ BELUCHE, «La nueva Directiva (UE) 2024/2853 de 23 de octubre de 2024 sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos: sus principales aportaciones», *La Ley Unión Europea*, núm. 132, enero 2025, p. 6, advierte, de manera acertada, que «la ampliación de la noción de producto, así como la de componente -incorporando los “servicios conexos” y cualquier “artículo intangible”- provocará que las normas sobre responsabilidad por productos defectuosos se apliquen a un mayor número de bienes (entre ellos, a los sistemas de inteligencia artificial -ya sean suministrados en formato software o ya estén incorporados a otro producto- y a todo tipo de productos inteligentes)».

informáticos¹⁰, los sistemas operativos, las aplicaciones de inteligencia artificial¹¹, los archivos de fabricación digital¹², así como los servicios conexos entendidos como «un servicio digital que está integrado en un producto o interconectado con él, de tal manera que su ausencia impediría al producto realizar una o varias de sus funciones» (art. 4.3). En este sentido, puede afirmarse que las actualizaciones y mejoras de software de un dispositivo electrónico pueden considerarse incluidas en el concepto de «servicio conexo» y, por tanto, *producto* a efectos de aplicación de la Directiva.

Por otra parte, la concreción de cuándo debe entenderse que existe un producto defectuoso es uno de los cambios más relevantes que presenta la Directiva (UE) 2024/2853. Se introduce una regla general, conforme a la cual el producto será defectuoso cuando «no ofrezca la seguridad que una persona tiene derecho a esperar y que se exige asimismo en virtud del Derecho de la Unión o nacional» (art. 7.1). El considerando 30 de la Directiva indica que «la valoración del carácter defectuoso debe incluir un análisis objetivo de la seguridad que el público en general tiene derecho a esperar y no referirse a la seguridad que una persona concreta tiene derecho a esperar. La seguridad que el público en general tiene derecho a esperar debe valorarse teniendo en cuenta, entre otras cosas, la finalidad prevista, el uso razonablemente previsto, la presentación, las características objetivas y las propiedades del producto de que se trate, incluido

¹⁰ La Directiva (UE) 2024/2853 no resulta aplicable a «los programas informáticos libres y de código abierto que se desarrollen o suministren fuera del contexto de una actividad comercial» (art. 2.2).

GARCÍA VIDAL, en *Tratando del Derecho de consumo*, p. 472 afirma que «tal exclusión obedece a la finalidad de no obstaculizar el desarrollo de este tipo de programas, que se basa en las aportaciones de particulares que pueden acceder, utilizar, modificar y redistribuir libremente los programas informáticos o sus versiones modificadas, lo que contribuye a la investigación y la innovación en el mercado».

¹¹ AYO FERRÁNDIZ/SEIJO BAR/GARRE ANGUERA DE SOJO/GONZÁLEZ GUILLÉN, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 67, mayo 2025, p. 36, afirman que las aplicaciones o sistemas de inteligencia artificial (y por extensión los programas informáticos) «serán considerados productos autónomos (no *componentes* de un producto material) [...] y, por tanto, serán susceptibles de generar responsabilidad por daños de sus programadores, proveedores o desarrolladores». En todo caso, a los sistemas de inteligencia artificial también les resulta de aplicación la excepción prevista en el artículo 2.2 de la Directiva y «por este motivo, los sistemas de IA que estén sujetos a licencias que garantizan a cualquier tercero la libertad de ejecutarlos, copiarlos, distribuirlos, estudiarlos, cambiarlos y mejorarlos, si se suministran fuera del ámbito de una actividad comercial, no serán susceptibles de generar la responsabilidad regulada» por la Directiva (UE) 2024/2853.

PEÑA LÓPEZ, «Responsabilidad objetiva y subjetiva en las propuestas legislativas europeas sobre responsabilidad civil aplicables a la inteligencia artificial», en ÁLVAREZ LATA, (coord.), *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil, Aranzadi, Las Rozas (Madrid), 2024, pp. 450-462, realiza un atinado análisis sobre cuándo puede considerarse que una inteligencia artificial es defectuosa, diferenciando tres tipos de defectos: «a) el defecto de fabricación, en el que la falta de seguridad tiene su origen en que el producto se aparta del diseño, proyecto o especificaciones del fabricante [que considera que en relación con la inteligencia artificial no plantean problemas especiales]; b) el defecto de información, que aparece cuando el producto no es inseguro de por sí, sino por las deficientes instrucciones de uso o la insuficiente o incorrecta información sobre el mismo proporcionada por el fabricante y, por último, c) el defecto de diseño, en el que la inseguridad proviene de que el diseño original o la misma concepción del producto no proporcionan la seguridad debida» (pp. 453-454). Por otra parte, pone de manifiesto la difícil tarea de probar la existencia de defecto en los casos de inteligencia artificial. Afirma que «la opacidad, la autonomía y la imprevisibilidad del modo en que va a evolucionar una IA, convierten en poco menos que imposible la tarea de determinar a qué componente o aspecto de la IA, de la tecnología que la rodea o de la información de que se nutre, es atribuible la decisión o la actuación generadora de los daños» (pp. 461-462).

Sobre esta materia, véase MARTÍN FABA, «La inteligencia artificial en la nueva Directiva de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos ¿realidad o expectativa?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 53, 2025, pp. 14-19. Disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/3648/3031> [Consulta: 21 abril 2025].

¹² La definición que la Directiva ofrece de «archivo de fabricación digital» es la siguiente: «una versión digital o plantilla digital de un bien mueble, que contiene la información funcional necesaria para producir un elemento tangible permitiendo el control automatizado de máquinas o herramientas» (art. 4.2).

su ciclo de vida previsto, así como las necesidades específicas del grupo de usuarios al que se destina el producto»¹³.

La Directiva (UE) 2024/2853 incluye en el artículo 7.2 un listado no exhaustivo¹⁴ de las circunstancias que se deben tomar en cuenta para determinar si un producto es defectuoso (algunas de ellas ya se preveían en la Directiva de 1985). Entre otras, se citan las siguientes: el etiquetado del producto, su diseño, sus características técnicas, su composición, su envase, las instrucciones de montaje, instalación, uso y mantenimiento, el uso razonablemente previsible del producto, los requisitos de seguridad y ciberseguridad del producto¹⁵, los efectos en la capacidad del producto de seguir adquiriendo nuevas propiedades una vez que se ha introducido en el mercado o puesto en servicio¹⁶, los efectos que razonablemente pueden producir entre sí los productos interconectados¹⁷, las necesidades específicas del grupo de usuarios finales a los que se destina el producto, y cualquier retirada del producto o cualquier intervención pertinente relacionada con la seguridad de los productos por parte de una autoridad competente o de un operador económico mencionado en el artículo 8 de la Directiva¹⁸.

¹³ En todo caso, la nueva Directiva, acogiendo la doctrina jurisprudencial del TJUE [STJUE 5 de marzo de 2015, asuntos C-503/13 y C-503/14, *caso Boston Scientific* (ECLI:EU:C:2015:148)] reconoce expresamente en el citado considerando que algunos productos «generan unas expectativas de seguridad especialmente elevadas», por conllevar un «riesgo especialmente elevado de daños para las personas», como ocurre en el caso de los productos sanitarios de soporte vital (por ejemplo, un marcapasos o un desfibrilador automático implantable). En este tipo de supuestos, «el órgano jurisdiccional debe poder considerar defectuoso un producto sin que se declare probado su verdadero carácter defectuoso, cuando pertenezca a la misma serie de producción que un producto cuyo carácter defectuoso ya ha sido probado» (considerando 30).

¹⁴ En este mismo sentido se pronuncian AYO FERRÁNDIZ/SEIJO BAR/GARRE ANGUERA DE SOJO/GONZÁLEZ GUILLÉN, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 67, mayo 2025, p. 38. Afirman que no se trata de una lista *numerus clausus* «y, por lo tanto, ni estas circunstancias son las únicas ni tampoco su valoración tiene por qué determinar por sí sola el carácter defectuoso del producto. En definitiva, son variables que la Directiva de Productos Defectuosos sugiere considerar a la hora de determinar el carácter defectuoso del producto».

¹⁵ En relación con esta circunstancia, considero que en los casos de inteligencia artificial debe tomarse en consideración el Reglamento (UE) 2024/1689, de inteligencia artificial. La citada norma europea, en su artículo 9, establece un marco normativo para la prevención y gestión de riesgos que en este concreto ámbito será relevante para delimitar el carácter defectuoso de un sistema de inteligencia artificial.

¹⁶ En la práctica, este criterio vinculado a la inteligencia artificial no será fácil de delimitar su alcance respecto del carácter defectuoso del producto o servicio.

En relación con esta cuestión, ORTÍZ FERNÁNDEZ, «Reflexiones acerca de la revisión de la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2024, núm. 3, p. 427, afirma que «estos conceptos son demasiado ambiguos e indeterminados y, quizás, se debería haber optado por aludir exclusivamente al incumplimiento de la legislación sobre seguridad».

Por su parte, AYO FERRÁNDIZ/SEIJO BAR/GARRE ANGUERA DE SOJO/GONZÁLEZ GUILLÉN, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 67, mayo 2025, p. 37, afirman que «esta circunstancia —directamente aplicable a las tecnologías avanzadas como la IA con capacidades de aprendizaje automático (*machine learning*)— implica que un producto que tiene la capacidad de aprender y adaptarse debe estar diseñado de manera que estas capacidades no comprometan su seguridad. [...] Lo cual puede incluir la obligación de proporcionar actualizaciones y mejoras de *software* que mantengan su seguridad».

¹⁷ Existe, por tanto, la obligación de prever y mitigar los posibles riesgos que derivan de la interacción o interconexión de productos entre sí (ya sean digitales o físicos). En relación con esta cuestión, AYO FERRÁNDIZ/SEIJO BAR/GARRE ANGUERA DE SOJO/GONZÁLEZ GUILLÉN, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 67, mayo 2025, p. 38, exponen un buen ejemplo: «la previsible interconexión de un sistema de IA con determinados dispositivos de hogar inteligente —como luces, termostatos o cerraduras— exige al desarrollador de ese sistema garantizar que la interconexión con estos dispositivos no comprometa la seguridad del sistema en su conjunto, asegurando que todas las interacciones sean seguras y que los dispositivos funcionan correctamente sin causar daños».

¹⁸ En relación con esta circunstancia, véase, GONZÁLEZ BELUCHE, *La Ley Unión Europea*, núm. 132, enero 2025, p. 8.

Se amplia, por tanto, la noción de producto defectuoso. En la nueva regulación no solo se toma en consideración la seguridad del producto, sino también la sostenibilidad, la conformidad con las expectativas del consumidor y los estándares de calidad.

A mi juicio, la ambigüedad e imprecisión de algunas de las circunstancias que se han incluido en la nueva normativa europea para determinar si un producto es defectuoso (por ejemplo, el uso razonablemente previsible del producto o las necesidades específicas del grupo de usuarios finales) merecen una valoración negativa, pues no aportan certeza, sino que al ser una cuestión subjetiva e interpretable va a implicar un aumento de la litigiosidad.

2.3. Tipos de daños susceptibles de indemnización

La Directiva (UE) 2024/2853 introduce importantes novedades en esta materia. Dedicar su artículo 6 a enumerar los daños que son susceptibles de indemnización. Por una parte, sigue incluyendo lo que podríamos denominar los daños típicos que resultan protegidos por la normativa de responsabilidad por productos defectuosos (la muerte, las lesiones corporales y los daños materiales a bienes distintos del producto defectuoso). Además, siguen quedando excluidos de su ámbito de protección, al igual que en la Directiva de 1985, los daños al propio producto o los daños sobre bienes utilizados exclusivamente con fines profesionales. Por otra parte, como se analizará a continuación, amplía el derecho de indemnización a otra serie de daños: a) los daños derivados de la destrucción o corrupción de datos; b) los daños morales; y c) los daños psicológicos.

Como se ha indicado, en el nuevo marco normativo, al igual que en la Directiva de 1985, tienen la consideración de daño indemnizable:

- a) La muerte y las lesiones corporales¹⁹.
- b) Los daños materiales. Ahora bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva (UE) 2024/2853, quedan excluidos de su ámbito de protección:
 - Los daños que sufre el propio producto defectuoso²⁰;
 - Los daños ocasionados en un producto por un componente defectuoso integrado en ese producto o interconectado con él por el fabricante de ese producto o bajo su control;

¹⁹ Conforme a la aclaración contenida en el considerando 21 «las lesiones corporales incluyen los daños para la salud psicológica reconocidos y certificados médicamente que afecten al estado de salud general de la víctima y que puedan requerir terapia o tratamiento médico, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud».

²⁰ Señala, con acierto, MUÑOZ GARCÍA, «Directiva 2024/2853 sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Contexto y armonización de máximos para proteger, ahora sí, a consumidores y “a otras personas físicas”», *La Ley Unión Europea*, núm. 132, enero 2025, p. 8, que «no es extraño que la Directiva 2024/2853 [...] excluya daños que están resueltos por la vía de la falta de conformidad (como presupuesto de la responsabilidad del vendedor), como ocurre con los daños en el propio producto». En términos similares, *InDret*, 4-2022, p. 8.

- Los daños en los bienes utilizados exclusivamente con fines profesionales; *a sensu contrario*, puede afirmarse que los daños ocasionados en los bienes de uso mixto se entienden incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva²¹.

Además, la nueva Directiva incluye una mención expresa a los daños morales reconociendo que dan derecho a indemnización, «en la medida en que puedan ser indemnizados con arreglo al Derecho nacional» (art. 6.2 y considerando 23 *in fine*) y también amplía la tipología de daños al establecer que es posible reclamar una indemnización por los siguientes daños²²:

- a) Los daños a la salud psicológica reconocidos médicamente²³.
- b) Los daños ocasionados por la destrucción o corrupción de datos²⁴ que no se utilicen con fines profesionales²⁵ (por ejemplo, la avería de un disco duro de un ordenador que provoca la eliminación de una serie de archivos, «incluido el coste de recuperar o restaurar los datos», conforme a lo establecido en el considerando 20)²⁶.

La propia Directiva (UE) 2024/2853, en su considerando 24, aclara expresamente que otros tipos de daños distintos a los previstos en la Directiva, «como las pérdidas económicas propiamente dichas, los ataques a la intimidad o la discriminación», no generan responsabilidad conforme a la citada norma (sin perjuicio de que esos otros daños puedan ser objeto de indemnización «en virtud de otros regímenes de responsabilidad»).

Por otra parte, con buen criterio, la Directiva (UE) 2024/2853 no incluye ningún importe mínimo de reclamación a modo de franquicia (en la Directiva 85/374/CEE se establecía en su art. 9 una franquicia de 500 de ECUS; que en el Ordenamiento español está fijada en la actualidad en la cuantía de 500 euros, conforme a lo dispuesto en el art. 141 TRLGDCU)²⁷. La nueva Directiva

²¹ En este mismo sentido se pronuncian AYO FERRÁNDIZ/SEIJO BAR/GARRE ANGUERA DE SOJO/GONZÁLEZ GUILLÉN, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 67, mayo 2025, p. 39.

²² GONZÁLEZ BELUCHE, *La Ley Unión Europea*, núm. 132, enero 2025, p. 11, valora positivamente la ampliación del listado de daños indemnizables en el marco de la Directiva (UE) 2024/2853.

²³ Véase lo indicado en la nota 19.

²⁴ La propia Directiva, en su considerando 20 *in fine*, afirma que «debe distinguirse entre la destrucción o la corrupción de datos y las fugas de datos o la infracción de normas de protección de datos». Por esta razón, las indemnizaciones por la infracción de la normativa aplicable a los casos de fuga de datos o por la infracción de las normas de protección de datos no se ven afectadas por la Directiva 2024/2853.

²⁵ En relación con esta cuestión, RUBÍ PUIG, «Inteligencia artificial y daños indemnizables», en ÁLVAREZ LATA, (coord.), *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil, Aranzadi, Las Rozas (Madrid), 2024, p. 643, afirma que esta previsión «es más bien estética: los datos cuya pérdida o corrupción pueden tener un valor patrimonial serán las más de las veces datos utilizados en el marco de actividades económicas profesionales, y los datos utilizados para fines privados darán lugar únicamente a daños morales».

El considerando 22 de la Directiva afirma que «la destrucción o corrupción de los datos utilizados con fines profesionales, aunque sea solo en parte, no debe indemnizarse en virtud de la presente Directiva».

²⁶ Atendiendo a lo que se indica en el considerando 22, la víctima no tendrá derecho a la indemnización cuando pueda recuperar los datos sin coste (por ejemplo, porque existe una copia de seguridad de los datos o porque puede descargarse los datos de nuevo).

²⁷ GOMEZ LIGÜERRE, *InDret*, 4-2022, p. iv, señala que «ese límite mínimo de reclamación, que se justificó en su momento para evitar la avalancha de reclamaciones de escaso valor (Bagatelleklagen) ya no tiene sentido, al menos en teoría, tras la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre, sobre protección de los intereses colectivos de los consumidores».

En términos similares, ATIENZA NAVARRO, «¿Una nueva responsabilidad por productos defectuosos? Notas a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por

tampoco establece ningún límite máximo de responsabilidad [a diferencia de lo que ocurría en la Directiva anterior que permitía en su art. 16 a los Estados miembros limitar la responsabilidad global de un productor por los daños de un producto defectuoso a una cantidad no inferior de 70 millones de ECUS; el legislador español se acogió a esta posibilidad y actualmente el art. 141 b) TRLGDCU establece que «la responsabilidad civil global del productor por muerte y lesiones personales causadas por productos idénticos que presenten el mismo defecto tendrá como límite la cuantía de 63.106.270,96 euros»].

En conclusión, el aumento de la protección que conlleva la nueva Directiva (UE) 2024/2853 es una buena noticia, pero debe advertirse que puede implicar un incremento del número de litigios debido a la inclusión de daños psicológicos que no son fácilmente verificables.

2.4. ¿Quién tiene derecho a exigir una indemnización por los daños ocasionados por un producto defectuoso?

Una de las novedades, a mi juicio, más llamativas de la Directiva (UE) 2024/2853 es que únicamente reconoce el derecho a la indemnización a las personas físicas (art. 5). En este aspecto la nueva Directiva es más restrictiva que la Directiva 85/374/CEE, que se refería genéricamente al perjudicado como el sujeto titular del derecho a la indemnización por los daños ocasionados por los productos defectuosos. En la anterior normativa, el ámbito subjetivo de aplicación incluía tanto a personas físicas como a personas jurídicas. Sin embargo, la nueva normativa europea lo limita a las personas físicas (con independencia de si son consumidores o no).

La lectura de los considerandos y el articulado de la Directiva (UE) 2024/2853 no aporta argumentos convincentes que justifiquen esta decisión de política legislativa. Es más, a mi entender, realiza un planteamiento erróneo y reduce el número de sujetos que resultan protegidos en comparación con la normativa anterior: las personas jurídicas quedan fuera del ámbito de protección de la Directiva respecto de los daños que sufran en sus bienes que no utilicen de modo exclusivo para fines profesionales, incluso aunque tengan la condición de consumidor conforme a un Derecho nacional²⁸; además, las personas jurídicas pueden ser víctimas indirectas que sufren daños y perjuicios por repercusión del daño sufrido por la víctima directa y tampoco quedarían protegidas²⁹. Esta decisión de excluir a las personas jurídicas del ámbito de aplicación de la Directiva, en mi opinión, es criticable y poco comprensible³⁰.

productos defectuosos de 28 de septiembre de 2022 (COM/2022/495)», *InDret*, 2-2023, pp. 39-40. Disponible en <https://indret.com/wp-content/uploads/2023/04/1785-numerado.pdf> [Consulta: 21 abril 2025].

²⁸ GONZÁLEZ BELUCHE, *La Ley Unión Europea*, núm. 132, enero 2025, p. 4, califica de «paradójico supuesto» que las personas jurídicas cuando tengan la condición de consumidores queden «fuera del alcance de la Directiva y, por tanto, aunque sufran daños en cosas de consumo privado, no puedan ser indemnizadas bajo este régimen».

²⁹ En este mismo sentido, MARTÍN CASALS, «Líneas generales de la nueva Directiva europea de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos», *Actualidad Jurídica. Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, núm. 50, julio 2024, p. 45. Disponible en <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2024/09/2-miquel-martin-casals.pdf> [Consulta: 21 abril 2025].

³⁰ ATIENZA NAVARRO, *InDret*, 2-2023, p. 6, al analizar la Propuesta de Directiva, también se muestra crítica con la exclusión de las personas jurídicas y afirma que puede «resultar injustificada».

Si analizamos los considerandos 22³¹, 25³² y 27³³, así como los artículos 1 y 5 de la Directiva (preceptos en los que se utilizan expresiones como «protección de los consumidores y otras personas físicas» o «toda persona física») podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- a) La Directiva no solo protege a las personas físicas que sean consumidoras, sino que también protege a las personas físicas que sean empresarios o profesionales.
- b) La Directiva excluye de su ámbito de protección a las personas jurídicas o entidades sin personalidad jurídica³⁴ (por ejemplo, las comunidades de propietarios), que en el Ordenamiento español tienen la condición de consumidor cuando actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, conforme a lo dispuesto en el art. 3.2 TRLGDCU.
- c) El derecho a la indemnización que reconoce la Directiva no incluye los daños a los bienes utilizados exclusivamente con fines profesionales. Ahora bien, sí son susceptibles de indemnización al amparo de la Directiva los daños causados a bienes de uso mixto (estos, que se utilizan tanto para fines privados como profesionales).
- d) Toda persona física que sufra un daño causado por un producto defectuoso tendrá derecho a una indemnización conforme a lo dispuesto en la Directiva, así como también quienes sean sus sucesores, se subroguen en su derecho o actúen en nombre de una o varias personas perjudicadas.
- e) Conforme a la Directiva, los Derechos nacionales pueden prever que el derecho a indemnización de las personas perjudicadas por los daños causados por un producto defectuoso se reconozca tanto a las víctimas directas como a las víctimas indirectas (aquellas personas que sufran perjuicios como consecuencia del daño ocasionado una víctima directa de un producto defectuoso). En todo caso, debe entenderse, conforme a lo expuesto anteriormente, que estas víctimas indirectas solo quedarán protegidas por la Directiva si son personas físicas.

2.5. Operadores económicos responsables de los daños ocasionados por los productos defectuosos: ¿Quién responde?

En esta materia la Directiva (UE) 2024/2853, conforme a lo dispuesto en su artículo 8, presenta importantes novedades al ampliar el listado de sujetos responsables. Se abandona el concepto de

³¹ Considerando 22: «En consonancia con el objetivo de la presente Directiva de poner la indemnización únicamente a disposición de las personas físicas, los daños a bienes utilizados exclusivamente con fines profesionales no deben ser indemnizados en virtud de la presente Directiva».

³² Considerando 25: «Con el fin de proteger a las personas físicas, deben indemnizarse los daños causados a cualquier bien propiedad de una persona física. Dado que los bienes se utilizan cada vez más tanto para fines privados como profesionales, conviene prever la indemnización por los daños causados a esos bienes de uso mixto. A la luz del objetivo de la presente Directiva de proteger a las personas físicas, los bienes utilizados exclusivamente con fines profesionales deben quedar excluidos de su ámbito de aplicación».

³³ Considerando 27: «En la medida en que el Derecho nacional lo prevea, el derecho a indemnización de las personas perjudicadas debe aplicarse tanto a las víctimas directas que sufran daños causados directamente por un producto defectuoso como a las víctimas indirectas que sufran perjuicio como consecuencia de los daños sufridos por la víctima directa».

³⁴ AYO FERRÁNDIZ/SEIJO BAR/GARRE ANGUERA DE SOJO/GONZÁLEZ GUILLÉN, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 67, mayo 2025, p. 33.

«productor» (que se utilizaba en la Directiva 85/374/CEE) y se sustituye por el término «fabricante». Además, crea un supraconcepto de operadores económicos responsables. Como expondré a continuación, la clave del modelo que diseña la nueva Directiva es que «los diversos operadores económicos responden en cascada» (esto es, unos en defecto de otros), para garantizar que el perjudicado pueda reclamar al sujeto más cercano en la cadena de suministro (evitando, en todo caso, que tenga que reclamar a sujetos responsables ubicados fuera del territorio de la UE)³⁵.

Con carácter general, responde el fabricante de un producto defectuoso o de un componente defectuoso, cuando dicho componente esté integrado en un producto bajo su control, o esté interconectado con él, y haya causado que dicho producto sea defectuoso. Para concretar qué debemos entender por fabricante a efectos de esta Directiva hay que acudir a la definición que ofrece su artículo 4.10. Conforme al citado precepto, se considera que es fabricante «toda persona física o jurídica que: a) desarrolla, fabrica o produce un producto; b) tiene un producto diseñado o fabricado, o que, al poner su nombre, marca u otros elementos distintivos en dicho producto, se presenta como su fabricante³⁶, o c) desarrolla, fabrica o produce un producto para su propio uso». Su lectura plantea algunos interrogantes. Por ejemplo, ¿qué debe entenderse por «tiene un producto diseñado o fabricado» para considerar que un sujeto tiene la condición de fabricante? A mi juicio, esta parte de la definición del concepto fabricante es confusa y habrá que esperar a la interpretación que realicen los tribunales sobre esta concreta cuestión para concretar su significado y delimitar su alcance³⁷.

La primera conclusión a la que puede llegarse tras leer el citado precepto es que el concepto de fabricante se ha ampliado y, por tanto, la responsabilidad por los daños ocasionados puede recaer en un mayor número de sujetos (lo cual, *a priori*, puede entenderse como beneficioso para la víctima que sufre el daño).

En el caso de un fabricante de un producto o componente establecido fuera de la UE, y sin perjuicio de la responsabilidad de dicho fabricante, se consideran operadores económicos responsables:

- a) El importador de un producto o componente defectuoso.
- b) El representante autorizado del fabricante.
- c) Cuando no haya un importador establecido en la UE o un representante autorizado, el prestador de servicios logísticos³⁸.

³⁵ En este mismo sentido, MARTÍN CASALS, Actualidad Jurídica. Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo, núm. 50, julio 2024, p. 49.

³⁶ En relación con la configuración del concepto de fabricante aparente en la nueva Directiva (UE) 2024/2853, véase GONZÁLEZ BELUCHE, «Responsabilidad por productos defectuosos: el suministrador y el fabricante aparente en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del Tribunal de Justicia 5ª 19 de diciembre de 2024, asunto C-157/23: Ford Italia SpA c. ZP, Stracciari SpA», *La Ley Unión Europea*, núm. 133, febrero 2025, pp. 9-10.

³⁷ En términos similares, GONZÁLEZ BELUCHE, *La Ley Unión Europea*, núm. 132, enero 2025, p. 9.

³⁸ El artículo 4.13 de la Directiva (UE) 2024/2853 define prestador de servicios logísticos como «toda persona física o jurídica que ofrezca, en el transcurso de una actividad comercial, al menos dos de los siguientes servicios: almacenar, empaquetar, dirigir y despachar un producto, sin tener la propiedad de ese producto» (se excluyen los servicios postales, los servicios de paquetería y cualquier otro servicio postal o servicio de transporte de mercancías).

Conforme a lo dispuesto en el artículo 8.3 de la Directiva, los Estados miembros deben garantizar que, cuando no pueda identificarse a un operador económico de entre los mencionados anteriormente y establecido en la UE, el distribuidor del producto defectuoso será responsable cuando incumpla la obligación de identificar al operador económico responsable establecido dentro de la UE (para realizar la identificación dispone de un mes a contar desde la recepción de la solicitud formulada por la persona perjudicada). Lo anterior también resulta aplicable a los proveedores de las plataformas en línea que permitan a las personas físicas consumidoras celebrar contratos a distancia con comerciantes (art. 8.4)³⁹.

En relación con las plataformas en línea, lo primero que debe indicarse es que el artículo 4.16 de la Directiva (UE) 2024/2853 acoge la definición de plataforma en línea que ofrece el artículo 3, letra i), del Reglamento (UE) 2022/2065 (Reglamento de Servicios Digitales): «un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas, y que la integración de la característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento».

Cuando las plataformas en línea actúan como intermediarias debe analizarse si quedan exoneradas de responsabilidad en aplicación de lo dispuesto en los artículos 4 a 6 del Reglamento de Servicios Digitales. En los casos en que no resulte aplicable ninguna de las causas de exoneración previstas en dichos preceptos, las plataformas en línea serán responsables conforme al artículo 8.4 de la Directiva (UE) 2024/2853. El considerando 38 *in fine* de la Directiva expresa el régimen jurídico aplicable con mucha claridad: las «plataformas en línea deben ser responsables únicamente cuando presenten el producto o permitan de otro modo la transacción específica de manera que induzca al consumidor medio a pensar que el producto es suministrado bien por la propia plataforma en línea bien por un comerciante que opera bajo su autoridad o control, y solo cuando la plataforma en línea no identifique con prontitud a un operador económico pertinente establecido en la [UE]».

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que a efectos de la responsabilidad tendrá la consideración de fabricante cualquier persona física o jurídica que modifique sustancialmente un producto fuera del control del fabricante y que posteriormente lo comercialice o ponga en servicio (art. 8.2), salvo que dicho operador económico pueda «demostrar que el daño está relacionado con una parte del producto no afectada por la modificación», en cuyo caso queda exonerado de responsabilidad (considerando 39).

Por último, al igual que establecía la Directiva 85/374/CEE, cuando dos o más operadores económicos sean responsables de los mismos daños, el artículo 12 de la Directiva (UE) 2024/2853 dispone que serán considerados responsables solidarios (sin perjuicio de los derechos de división o de repetición entre ellos que puedan establecer los Derechos nacionales, tal y como reconoce el art. 14).

³⁹ GARCÍA VIDAL, en *Tratando del Derecho de consumo*, p. 481, afirma que «en realidad, la directiva en este punto incorpora la regulación establecida en el Reglamento de Servicios Digitales» (Reglamento UE 2022/2065, de 19 de octubre, relativo a un mercado único de servicios digitales).

Sin duda, la nueva regulación merece una valoración positiva porque adapta la normativa a las nuevas realidades derivadas del mercado digital y de la economía circular (nuevas cadenas de suministro, comercio electrónico, reacondicionamiento de productos), fortaleciendo la protección de las personas que sufren daños ocasionados por un producto defectuoso. Ahora bien, habrá que analizar el impacto que en la práctica tiene esta normativa para las plataformas en línea o los prestadores de servicios logísticos. En ambos casos, la Directiva les considera operadores económicos responsables. Podría considerarse que es una medida excesiva, pues no son fabricantes de productos, pero pueden distribuir productos defectuosos. Otra cuestión que es susceptible de crítica es el distinto tratamiento que reciben en la Directiva los prestadores de servicios logísticos (que se consideran operadores económicos responsables) y los servicios postales (que no se consideran un prestador de servicio logístico, conforme al art. 4.13; por tanto, no tienen la condición de operador económico responsable). ¿Qué motiva esta diferencia de régimen jurídico? ¿Por qué, en España, una sociedad anónima estatal como Correos, que actúa en el mercado, no tiene la consideración de prestador de servicios logísticos?

2.6. Causas de exención o limitación de responsabilidad

La Directiva (UE) 2024/2853 prevé en su articulado una serie de causas de exoneración de responsabilidad de los operadores económicos. En principio, esto no supone una novedad porque en la Directiva 85/374/CEE también se preveían una serie de circunstancias que si se probaban conllevaban la exoneración de responsabilidad del productor. Ahora bien, la nueva normativa europea sí presenta novedades al incorporar una serie de causas de exención de responsabilidad por riesgo tecnológico vinculadas a productos con tecnología emergente (algoritmos, inteligencia artificial, *software*), si los riesgos no son previsibles (la cuestión problemática, a mi juicio, es determinar cuándo un riesgo es no previsible)⁴⁰.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 11 y 18 de la Directiva (UE) 2024/2853, los operadores económicos quedan exentos de responsabilidad si pueden demostrar:

- a) En el caso de un fabricante o importador, que no ha introducido el producto en el mercado ni lo ha puesto en servicio⁴¹.
- b) En el caso de un distribuidor, que no ha comercializado el producto⁴².
- c) Que es probable que el carácter defectuoso que haya causado el daño no existiera en el momento en que el producto fue introducido en el mercado, puesto en servicio o, en el caso de un distribuidor, comercializado, o que ese carácter defectuoso se originase después de ese momento, salvo cuando el defecto de un producto se deba a un servicio conexo, programas informáticos, incluidas las actualizaciones o mejoras de programas informáticos, falta de actualizaciones o mejoras de los programas informáticos necesarias para mantener la seguridad, o una modificación sustancial del producto, siempre que esté bajo el control del fabricante⁴³.

⁴⁰ Sobre esta cuestión, como se indicará más adelante, la Directiva permite a los Estados miembros mantener las medidas vigentes de responsabilidad objetiva en sus respectivos sistemas jurídicos nacionales.

⁴¹ Véase el considerando 49.

⁴² Véase el considerando 49.

⁴³ Véanse los considerandos 50 y 51.

- d) Que el carácter defectuoso que haya causado el daño se debe a que el producto cumple los requisitos legales⁴⁴.
- e) 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 período en el que el producto estaba bajo el control del fabricante no permitía detectar el carácter defectuoso⁴⁵. Ahora bien, como excepción, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Directiva (UE) 2024/2853, los Estados miembros podrán mantener la responsabilidad objetiva en sus sistemas legales, incluso si el defecto no era detectable según los conocimientos científicos y técnicos en el momento de la introducción o puesta en servicio del producto⁴⁶. Asimismo, los Estados miembros pueden establecer excepciones a esta exoneración basada en los riesgos de desarrollo mediante la introducción de nuevas medidas o la modificación de medidas existentes para ampliar la responsabilidad en tales situaciones a tipos específicos de productos si se considera necesario, proporcionado y justificado por objetivos de interés público⁴⁷.

Así pues, la denominada causa de exoneración de responsabilidad por riesgos del desarrollo queda al margen de la armonización máxima que persigue la Directiva (UE) 2024/2853, tal y como establece su artículo 3. La justificación de esta medida se encuentra en el considerando 59 de la Directiva cuando afirma que «la denominada “exoneración basada en los riesgos de desarrollo”, puede considerarse en algunos Estados miembros que limita indebidamente la protección de las personas físicas. Por consiguiente, un Estado miembro debe poder establecer excepciones a dicha posibilidad mediante la introducción de nuevas medidas o la modificación de medidas existentes para ampliar la responsabilidad en tales situaciones a tipos específicos de productos si se considera necesario, proporcionado y justificado por objetivos de interés público, como los contemplados en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a saber, el orden público, la seguridad pública y la salud pública». A mi juicio, este planteamiento de la Directiva no es acertado. Permitir que cada Estado miembro legisle con cierta libertad en esta materia (la que les permite las condiciones establecidas en el art. 18 de

⁴⁴ Véase el considerando 49.

⁴⁵ Véase el acertado análisis crítico que realiza de esta cuestión ATIENZA NAVARRO, *InDret*, 2-2023, pp. 43-45. Afirma que un importante sector doctrinal y algunos documentos de la UE defienden «la eliminación de esta cláusula de exoneración, al menos en el ámbito de los daños causados por la inteligencia artificial». Otro sector doctrinal, por el contrario, considera que la existencia de causa de exoneración tiene todo el sentido porque favorece el progreso de la ciencia y fomenta la innovación y «[p]or consiguiente, la desaparición de la cláusula podría considerarse un freno a la inversión tecnológica».

⁴⁶ Todo Estado miembro que desee mantener este tipo de medidas debe notificarlas a la Comisión como muy tarde el 9 de diciembre de 2026. La Comisión informará de ello al resto de Estados miembros, conforme a lo establecido en el artículo 18.1, párrafo 2º, de la Directiva (UE) 2024/2853.

⁴⁷ Todo Estado miembro que desee introducir o modificar una medida conforme a lo establecido en el artículo 18.2 de la Directiva debe notificar el texto de la medida propuesta a la Comisión y su justificación en atención a lo dispuesto en el apartado 3 del citado precepto. En estos casos, la Comisión debe informar de dicha solicitud al resto de Estados miembros y dispone de un plazo de seis meses a partir de la recepción de una notificación para emitir un dictamen no vinculante sobre el texto de la medida propuesta y su justificación. Como se indica en el considerando 59, con la finalidad de conceder tiempo para la emisión del dictamen, «el Estado miembro que proponga tales medidas o modificaciones debe suspender las medidas o modificaciones propuestas durante seis meses a partir de su notificación a la Comisión, a menos que esta emita un dictamen antes».

la Directiva) fomentará la existencia de disparidad de regímenes jurídicos entre los Estados miembros en una cuestión que es especialmente relevante⁴⁸.

- f) En el caso de un fabricante de un componente defectuoso, que el carácter defectuoso del producto en el que se ha incorporado dicho componente sea imputable al diseño de ese producto o a las instrucciones dadas por el fabricante de tal producto al fabricante de dicho componente.
- g) En el caso de una persona que modifica un producto, que el carácter defectuoso que haya causado el daño esté relacionado con una parte del producto no afectada por la modificación⁴⁹.

Por otra parte, en la Directiva (UE) 2024/2853 (al igual que en la anterior Directiva de 1985) se prevé que el operador económico puede reducir o quedar exonerado de responsabilidad cuando el daño sea causado conjuntamente por el carácter defectuoso del producto y por una conducta negligente de la persona perjudicada o de una persona que está bajo su responsabilidad (art. 13.2). El considerando 55 de la Directiva pone un claro ejemplo de aplicación de esta regla: la persona perjudicada no instala por negligencia las actualizaciones o mejoras proporcionadas por el operador económico, que habrían mitigado o evitado los daños. En este tipo de supuestos, el operador económico verá reducida su responsabilidad o incluso puede quedar exonerado de responsabilidad cuando la conducta negligente de la persona perjudicada o de la persona de la que deba responder sea la causa única y exclusiva del daño.

Por el contrario, la Directiva (UE) 2024/2853 (al igual que establecía el art. 8 de la Directiva de 1985) dispone que los Estados miembros deben asegurarse de que el operador económico no queda exonerado de responsabilidad ni ve reducida su responsabilidad cuando el daño es causado tanto por el carácter defectuoso del producto como por la acción u omisión de un tercero (art. 13.1). En relación con este supuesto, el considerando 55 expone el siguiente ejemplo: un producto tiene una vulnerabilidad de ciberseguridad (se trata de un producto menos seguro de lo que cabría esperar) y un tercero aprovecha la citada brecha de seguridad en el producto. En estos casos, conforme a lo que establece la Directiva, la responsabilidad del operador económico no debe reducirse. Si bien es cierto que esta medida no encaja bien con los principios generales de la responsabilidad civil extracontractual, su finalidad puede calificarse de loable, pues lo que intenta es evitar que el perjudicado tenga que probar la relación de causalidad en ambos casos: entre el daño y el defecto del producto y entre daño y la acción u omisión del tercero. Dicho con otras palabras, esta norma persigue facilitar a la persona perjudicada la obtención íntegra de la indemnización por los daños y perjuicios sufridos, reclamando únicamente al operador económico responsable, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva. Una vez que éste ha abonado la indemnización al perjudicado (lo que podría denominarse como la esfera interna), el operador económico responsable, conforme al artículo 13.1 de la Directiva (UE) 2024/2853, podrá tener derecho, según lo previsto en el ordenamiento de cada Estado miembro, a repetir frente al tercero por la parte proporcional a su intervención en la causación del daño (lo que podría calificarse como la esfera externa).

⁴⁸ GOMEZ LIGÜERRE, *La Ley Unión Europea*, núm. 133, febrero 2025, p. 6, tampoco realiza una valoración positiva de la medida y afirma que esta divergencia entre los ordenamientos de los Estados miembros «afecta al funcionamiento del mercado interior y a la competencia entre operadores económicos».

⁴⁹ Véase el considerando 39.

2.7. Cuestiones procesales y de prueba: principales novedades

El artículo 10 de la Directiva (UE) 2024/2853 establece que corresponde «al demandante que demuestre el carácter defectuoso del producto, el daño sufrido y el nexo causal entre ese carácter defectuoso y ese daño» (al igual que el art. 4 de la anterior Directiva). Ahora bien, la nueva Directiva sí presenta novedades relevantes en esta materia, pues el legislador europeo es consciente de que la dificultad de la prueba frustra hasta un 53% de las demandas⁵⁰ (lo que en la práctica significa que en un elevado número de casos el derecho de los perjudicados a la reparación de los daños causados por un producto defectuoso no llega a materializarse):

- a) Por una parte, el artículo 9 prevé la posibilidad de que tanto los demandantes y como los demandados puedan solicitar la exhibición de pruebas para poder defenderse en los procedimientos judiciales en que estén incurso. En esta materia se reconoce de forma expresa la necesidad de adoptar medidas para la protección de la información confidencial y de los secretos comerciales. Asimismo, se prevé que los órganos judiciales de cada Estado miembro pueden exigir la exhibición de las pruebas en un formato accesible y comprensible⁵¹ (siempre que el órgano judicial considere «que dicha aportación es proporcionada en términos de costes y esfuerzo para la parte requerida»).
- b) Por otra parte, con la finalidad de facilitar la prueba del defecto y de la relación de causalidad (que en determinados casos puede ser muy complicado para la persona perjudicada, especialmente en la era digital, donde los productos son cada vez más complejos) la nueva Directiva establece una serie de presunciones *iuris tantum* (art. 10), tal y como admitió la STJUE de 21 de junio de 2017, C-621/15, *caso Sanofi* (ECLI:EU:C:2017:484)⁵²:

1.º Se presumirá el carácter defectuoso del producto cuando el demandado no proporcione las pruebas que se le exige exhibir, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Directiva⁵³.

⁵⁰ En este sentido, MARCO MOLINA, «La nova Directiva 2024/2853/UE, sobre responsabilitat pels danys causats per productes defectuosos, en el context de la economia circular i de les tecnologies digitals emergents», *Blog de la Càtedra UB ACdC d'Estudis de Consum i Resolució Alternativa de Litigis*. Disponible en <https://catedraconsum.wixsite.com/blog-consum-adr/post/la-nova-directiva-2024-2853-ue-sobre-responsabilitat-pels-danys-causats-per-productes-defectuosos> [Consulta: 21 abril 2025].

En términos similares, ATIENZA NAVARRO, *InDret*, 2-2023, p. 29. Afirma que «en los últimos tiempos, el problema de la carga de la prueba se ha visto incrementado por la aparición ingente de productos dotados de inteligencia artificial. Así, cuanto más complejo tecnológicamente sea el sistema inteligente, más difícil resultará identificar y probar con precisión el defecto que fue la causa por la que se produjo el daño».

⁵¹ AYO FERRÁNDIZ/SEIJO BAR/GARRE ANGUERA DE SOJO/GONZÁLEZ GUILLÉN, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 67, mayo 2025, p. 40, afirman acertadamente que es una «cuestión que se antoja hartó complicada en el supuesto de que deba proporcionarse información sobre el código fuente de un programa informático».

⁵² EVANGELIO LLORCA, «Causalidad y responsabilidad civil por daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial», en ÁLVAREZ LATA (coord.), *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil, Aranzadi, Las Rozas (Madrid), 2024, pp. 583-596, realiza un interesante análisis de la presunciones de defecto y de causalidad en la propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

⁵³ EVANGELIO LLORCA, en *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, p. 586, afirma que «más que una presunción en el sentido del art. 385 LEC, parece una sanción al demandado por incumplimiento de un deber impuesto por el juez».

2.º Se presumirá el carácter defectuoso del producto cuando el demandante demuestre que el producto no cumple con la normativa de seguridad prevista por el Derecho de la UE o el Derecho nacional⁵⁴.

3.º Se presumirá el carácter defectuoso del producto cuando el demandante demuestre que el daño fue causado por un mal funcionamiento del producto, pese a que se ha realizado un uso razonablemente previsible⁵⁵ o en circunstancias normales.

4.º Se presumirá el carácter defectuoso del producto cuando, a pesar de la exhibición de pruebas que dispone el artículo 9 y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, el demandante tenga dificultades excesivas, en particular debido a la complejidad técnica o científica, para demostrar el carácter defectuoso del producto⁵⁶.

5.º Se presumirá el carácter defectuoso del producto cuando, a pesar de la exhibición de pruebas que dispone el artículo 9 y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, el demandante demuestre que es probable que el producto sea defectuoso.

6.º Se presumirá la relación de causalidad entre el carácter defectuoso del producto y el daño cuando se haya comprobado que el producto es defectuoso y el daño causado sea de un tipo compatible normalmente con el defecto en cuestión.

7.º Se presumirá que existe relación de causalidad cuando, a pesar de la exhibición de pruebas que dispone el artículo 9 y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, el demandante tenga dificultades excesivas, en particular debido a la complejidad técnica o científica, para demostrar el nexo causal entre el carácter defectuoso del producto y el daño.

8.º Se presumirá que existe relación de causalidad cuando, a pesar de la exhibición de pruebas que dispone el artículo 9 y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, el demandante demuestre que es probable que exista un nexo causal entre el carácter defectuoso del producto y el daño⁵⁷.

⁵⁴ EVANGELIO LLORCA, en *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, p. 588, afirma que se trata de «una presunción en sentido propio, en la que, a partir de la acreditación de que el producto no cumple los requisitos legales obligatorios de seguridad (indicio o hecho base) se presume el hecho que se necesita demostrar: el carácter defectuoso del producto».

⁵⁵ Véase el considerando 31 *in fine*.

⁵⁶ EVANGELIO LLORCA, en *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, p. 595, afirma que esta presunción implica «una rebaja del estándar de prueba que, en principio, debe acogerse favorablemente».

⁵⁷ En relación con las presunciones expuestas en los apartados 4º, 5º, 7º y 8º, ORTÍZ FERNÁNDEZ, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2024, núm. 3, p. 429, afirma, con acierto, que la aplicación de estas presunciones «ha de llevarse con mucha cautela y su vigencia ha de ser excepcional» y que «si no se contemplan limitaciones se estaría acabando con las reglas procesales de forma injustificada y peligrosa». En relación con esta cuestión, valora positivamente que se prevea «la posibilidad de que el demandado impugne la existencia de dichas dificultades excesivas o la probabilidad citada», conforme a lo establecido en el artículo 10.5.

Por su parte, ATIENZA NAVARRO, *InDret*, 2-2023, p. 37, al analizar la Propuesta de Directiva se mostraba crítica con la redacción del precepto dedicado a las presunciones. Sus reflexiones son extrapolables al texto de la Directiva

La inclusión en la nueva Directiva de este conjunto de presunciones lleva a plantearse si *de facto* no se ha producido una verdadera inversión de la carga de la prueba (aunque el considerando 48 indica expresamente que «se evita una inversión de la carga de la prueba»)⁵⁸. En todo caso, lo que sí parece claro es que el nuevo sistema de presunciones, cuya finalidad es favorecer a la persona perjudicada⁵⁹, tendrá como efecto el incremento del riesgo que asumen los operadores económicos, al verse estos obligados a acreditar que el producto no era defectuoso o que el defecto del producto no causó el daño⁶⁰.

2.8. Plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad y plazo de extinción de la responsabilidad de los operadores económicos

La Directiva (UE) 2024/2853 no presenta novedades en cuanto al plazo de prescripción de la acción para exigir una indemnización por los daños ocasionados por un producto defectuoso. El artículo 16 de la Directiva establece que dicha acción prescribe a los tres años a contar desde el día en que «la persona perjudicada tuvo conocimiento, o debería haber tenido razonablemente conocimiento», de los daños, el carácter defectuoso y la identidad del operador económico que puede ser considerado responsable. En relación con esta cuestión debe tenerse en cuenta que el

definitivamente aprobado porque no ha sufrido modificaciones en esta materia. Afirma que «la presunción del defecto y/o de la relación de causalidad entre aquél y el daño por motivos de la complejidad técnica del producto, [...], adolece de una gran indeterminación que [...] podría provocar su inutilidad práctica. Por de pronto, la propia definición de las “dificultades excesivas” suscita la duda de a quién debe resultarle difícil la prueba, ¿al demandante considerado subjetivamente o, por el contrario, se trata de una referencia objetiva? En la misma línea crítica, la exigencia, para que se aplique la presunción, de que sea probable que el producto fue defectuoso o que la defectuosidad fue la causa “probable” del daño, plantea el interrogante de cómo puede probarse que el defecto fue una causa del daño sin probar su carácter defectuoso, y, sobre todo, provoca el inconveniente de cómo valorar esa probabilidad (¿bastaría demostrar un 51% de probabilidad o debería ser superior?)».

En relación con el alcance y significado del término «probable» en este concreto ámbito, MARTÍN CASALS, *Actualidad Jurídica. Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, núm. 50, julio 2024, p. 44, afirma que se «requiere que “el demandante demuestre que es probable que el producto sea defectuoso o que exista un nexo causal entre el carácter defectuoso y el daño, o ambos”». A su juicio, «no debe entenderse como la introducción de un estándar probatorio reducido (*more probable than not*), que a veces suele expresarse como un mínimo del 51% de probabilidad, sino como una probabilidad no cualificada que determina solo una presunción refutable. La introducción de tal estándar, siempre que se alcanzara, determinaría, en cambio, que se ha probado el defecto o el nexo causal y no tan solo una presunción refutable de su existencia. [...] Si así fuera, la referencia quedaría incompleta, ya que no sería suficiente decir que es “probable” el defecto o el nexo causal, sino que se requeriría que dijera que es “más probable” que exista a que no exista». En términos similares se pronuncia EVANGELIO LLORCA, en *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, p. 595, al afirmar que intuye «que no bastará demostrar un 51% de probabilidad sino que se exigirá un porcentaje superior».

⁵⁸ En relación con esta cuestión, TOBÍO RIVAS, «La responsabilidad por daños causados por productos defectuosos: nuevas tecnologías y modelos de negocio», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 335, enero-marzo 2025, p. 13, afirma que con el sistema de presunciones previsto en el artículo 10 de la Directiva «se trata de que no se llegue a producir una inversión de la carga de la prueba y se mantenga un reparto equitativo del riesgo».

⁵⁹ ATIENZA NAVARRO, *InDret*, 2-2023, p. 34, afirma que con estas presunciones se «pretende reducir la asimetría informativa entre operador responsable y víctima de productos que pueden ser altamente complejos o en los que resulta muy difícil, por su capacidad de interconexión o de autoaprendizaje, identificar el nexo causal entre defecto y daño. Dicho en otras palabras: el legislador intenta conseguir un equilibrio entre los intereses de los productores y los perjudicados».

⁶⁰ En términos similares, FERNÁNDEZ MANZANO, «La carga de la prueba en la nueva Directiva sobre Responsabilidad por Productos Defectuosos», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 1014, 2025.

Por su parte, AYO FERRÁNDIZ/SEIJO BAR/GARRE ANGUERA DE SOJO/GONZÁLEZ GUILLÉN, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 67, mayo 2025, p. 41, afirman en relación con la distribución efectiva de la carga de la prueba que «con el pretexto de aligerar las dificultades probatorias con las que se puede enfrentar el reclamante, se puede acabar exigiendo (y al mismo tiempo, recriminando) un nivel probatorio excesivamente elevado al demandado para enervar tales presunciones».

artículo 16.2 de la Directiva establece que las causas de suspensión e interrupción del plazo de prescripción se regirán por los Derechos nacionales de cada uno de los Estados miembros⁶¹.

Por su parte, el artículo 17 de la citada Directiva se ocupa del plazo de extinción de la responsabilidad de los operadores económicos (lo que en la versión española de la nueva Directiva se ha denominado «plazo de caducidad» y que, a mi juicio, no es correcto). En realidad, se trata de un límite temporal de la responsabilidad de los operadores económicos por los daños ocasionados por los productos defectuosos que no es susceptible de interrupción ni de suspensión. Dispone el citado precepto, reiterando la regulación que contenía la Directiva de 1985, que el derecho a reclamar una indemnización por los daños ocasionados por un producto defectuoso se extingue por el transcurso de diez años a contar a partir de «la fecha de introducción en el mercado o puesta en servicio del producto» y en el caso de productos modificados sustancialmente, a partir de «la fecha de comercialización o puesta en servicio de dicho producto tras su modificación sustancial».

Ahora bien, el artículo 17.2 de la Directiva (UE) 2024/2853 sí introduce una novedad importante en esta materia: en los casos de latencia de lesiones corporales que no se han manifestado durante los primeros diez años desde que el bien se introdujo en el mercado o el servicio se puso en marcha, el límite temporal de la extinción de responsabilidad se amplía hasta los veinticinco años (en lugar del plazo general de diez años, antes mencionado)⁶². Dicho con otras palabras, en estos casos la persona perjudicada no perderá su derecho a reclamar una indemnización por el daño personal latente hasta que trascurra un plazo de veinticinco años a contar desde la comercialización del producto o puesta en marcha del servicio⁶³.

3. La transposición de la Directiva (UE) 2024/2853 al Derecho español: una propuesta de *lege ferenda*

Los Estados miembros tienen de plazo hasta el 9 de diciembre de 2026 para incorporar la Directiva (UE) 2024/2853 a sus respectivos ordenamientos nacionales (art. 22). La necesaria transposición de la Directiva al Derecho interno español no solo debe servir para cumplir la exigencia europea, sino que constituye una magnífica oportunidad para mejorar la regulación sobre la materia en nuestro Ordenamiento. El legislador español deberá reformar la normativa interna aplicable para adaptarse a los nuevos principios y reglas que establece la citada Directiva. No está previsto que la transposición de la Directiva al Derecho español se realice durante 2025,

⁶¹ ATIENZA NAVARRO, *InDret*, 2-2023, pp. 47-48 crítica acertadamente este planteamiento de remisión a los Derechos nacionales que es contradictorio «con la intención de homogeneizar al máximo el régimen de los daños causados por productos defectuosos», que se deduce del artículo 3 de la Directiva.

⁶² Véase el considerando 52.

⁶³ MARTÍN CASALS, *Actualidad Jurídica. Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, núm. 50, julio 2024, p. 69, valora positivamente esta extensión temporal, aunque afirma que «en la práctica todavía podría resultar insuficiente a la luz de la experiencia existente en el caso de enfermedades relacionadas con el amianto, como la asbestosis y el mesotelioma, que tienen periodos de latencia muy largos, y en el caso de lesiones personales causadas por otras sustancias». A su juicio, «una solución [...] tal vez más acertada, hubiera sido suprimir el plazo de preclusión en caso de daños personales, solución que se adoptó en los Países Bajos en 2004 o en Francia en 2008, mediante una modificación del Código Civil francés que ahora dispone que el plazo de preclusión de veinte años no se aplica, entre otros casos específicos, a las acciones por daños personales».

pues no consta en el Plan Anual Normativo de la Administración General del Estado 2025 (PAN 2025)⁶⁴.

En primer lugar, analizaré una cuestión de política legislativa: ¿en qué norma del Ordenamiento interno español es más adecuado que se incorpore la Directiva (UE) 2024/2853? Posteriormente, realizaré una propuesta *de lege ferenda* para materializar la transposición de la citada Directiva en nuestro Derecho (y que implicará la derogación de los artículos 128 a 149 TRLGDCU).

3.1. La responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos: ¿una materia del ámbito del Derecho de consumo o del Derecho de daños?

En la actualidad, en nuestro Ordenamiento las normas sobre responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos están contenidas en los artículos 128 a 149 TRLGDCU. A este respecto, a la hora de abordar la incorporación de la Directiva (UE) 2024/2853 al ordenamiento interno, el legislador español, en primer lugar, tiene que decidir en qué norma regula esta materia. Se trata de una cuestión de política legislativa. ¿Es conveniente, a la vista del contenido de la Directiva (UE) 2024/2853, que esta materia siga regulándose en el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios? ¿O, por el contrario, es más adecuado que se regule en una ley especial independiente? ¿O que incluso esta materia se incorpore al Código civil?

En principio, la respuesta inmediata (y más sencilla) sería que bastaría con reformar los artículos 128 a 149 TRLGDCU (preceptos que en la actualidad regulan esta materia) para incorporar las novedades que derivan de la Directiva (UE) 2024/2853. Sin embargo, a mi juicio, es una cuestión que merece cierta reflexión antes de adoptar una decisión. Para ello debe valorarse si el contenido de la nueva Directiva es realmente una norma que puede encuadrarse exclusivamente en el ámbito del Derecho de consumo o si más bien es una norma que podría clasificarse en el ámbito del Derecho de daños. El análisis de la Directiva pone de manifiesto que es cierto que en sus considerandos y en su articulado existen referencias a las personas consumidoras y que entre sus objetivos se encuentra garantizar «un elevado nivel de protección de los consumidores» (art. 1). Ahora bien, en realidad el ámbito de protección de la Directiva, como indica su artículo 5.1, se extiende a cualquier persona física (tenga o no la condición de consumidor) «que sufra daños causados por un producto defectuoso» (debe tenerse en cuenta que el derecho a la indemnización nacerá únicamente respecto de los tipos de daños que enumera el art. 6). Dicho con otras palabras, la condición de consumidor no es relevante (ni decisiva) para resultar protegido por la Directiva. En virtud de lo anterior, la conclusión a la que llego es que la Directiva (UE) 2024/2853 no es una norma que deba encuadrarse dentro del ámbito del Derecho de consumo, sino que se trata de una norma de responsabilidad civil extracontractual o del denominado Derecho de daños⁶⁵.

La principal consecuencia que se deriva de lo anterior es que, en mi opinión, la incorporación de la nueva Directiva al Ordenamiento interno español no debe realizarse mediante una modificación del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y

⁶⁴ Aprobado en el Consejo de Ministros del 15 de abril de 2025. Puede consultarse en https://www.mpr.gob.es/prencom/notas/Documents/2025/2025-1146_Plan_Anual_Normativo_PAN_EE.pdf (Consulta: 21 abril 2025).

⁶⁵ En este mismo sentido se pronuncia GOMEZ LIGÜERRE, *La Ley Unión Europea*, núm. 133, febrero 2025, p. 4, cuando afirma que «la nueva Directiva es [...] una norma de derecho de daños y así debe leerse, entenderse y aplicarse».

Usuarios, pues no es materia exclusiva del Derecho de consumo ni esas normas tienen como destinatarios exclusivos a las personas consumidoras. Lo más adecuado desde un punto de política legislativa, a mi entender, es que se deroguen los artículos 128 a 149 TRLGDCU (pues es una materia ajena al citado Texto refundido) y que su incorporación se realice mediante una ley especial que regule en exclusiva esta materia, como ya ocurrió con la transposición de la Directiva de 1985 mediante la aprobación de la Ley 22/1994, de 6 de julio (actualmente derogada).

Otra opción factible, desde el punto de vista de política legislativa, sería que esta materia se incorporase en el Código civil (al igual que sucede, por ejemplo, en Bélgica⁶⁶, en Francia⁶⁷ y en los Países Bajos⁶⁸; así también lo plantea la Propuesta de Código civil de 2018 elaborada por la Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho civil⁶⁹). Ahora bien, a mi juicio, esta opción solo sería recomendable si el legislador español llevase a cabo una reforma integral de las normas responsabilidad civil extracontractual contenidas en el Código civil (este escenario me temo que es harto improbable, a la vista de la inacción del legislador en relación con la imprescindible modernización del Derecho de obligaciones y contratos del Código civil; y ello pese a que desde 2023 existe una Propuesta revisada de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación⁷⁰).

3.2. Propuesta de *lege ferenda* de incorporación de la Directiva (UE) 2024/2853 al Ordenamiento español

Tras analizar el contenido de la nueva Directiva y exponer los argumentos por los cuales considero que la transposición al Derecho interno español no debe realizarse en el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, dedicaré la última parte de este trabajo a esbozar una propuesta de proyecto de ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, que incorpore a nuestro Ordenamiento las reglas y principios de la Directiva (UE) 2024/2853. La propuesta *de lege ferenda* que formulo tiene las siguientes características principales⁷¹:

- a) A mi juicio, como se ha indicado anteriormente, debe realizarse mediante la aprobación de una ley especial (en lugar de modificar la redacción de los preceptos del TRLGDCU).
- b) El legislador español no puede introducir disposiciones más o menos estrictas que las contenidas en la Directiva (UE) 2024/2853, porque dicha norma europea establece una armonización máxima (art. 3). El margen de maniobra que tienen los legisladores internos de cada uno de los Estados miembros es muy pequeño (tan solo respecto de

⁶⁶ Artículos 6.41 a 6.55 CC belga: <https://justice.belgium.be/fr/bwcc> [Consulta: 21 abril 2025].

⁶⁷ Artículos 1245 a 1245-17 CC francés: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000032021490>; [Consulta: 21 abril 2025].

⁶⁸ Artículos 6:185 a 6:193 CC Países Bajos: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm> [Consulta: 21 abril 2025].

⁶⁹ Artículos 5196-3 a 5196-12 de la Propuesta de Código civil de 2018 de la APPDC [\[https://www.derechocivil.net/images/PropuestaCC/libros/obra_completa.pdf\]](https://www.derechocivil.net/images/PropuestaCC/libros/obra_completa.pdf); [Consulta: 21 abril 2025].

⁷⁰ La citada Propuesta revisada de Modernización del Código civil puede consultarse 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> [Consulta: 21 abril 2025].

⁷¹ Únicamente se citan como fundamento los artículos de la Directiva (UE) 2024/2853. En todo caso, en el proceso de incorporación de dicha norma europea al Derecho interno español, el legislador debe tener muy en cuenta los considerandos de la citada Directiva.

aquellas cuestiones en las que la Directiva se remite al Derecho nacional de cada Estado o que excepcionalmente permite decidir a cada Estado miembro; por ejemplo, como se verá más adelante, en lo referente a la causa de exoneración basada en los riesgos de desarrollo).

En este sentido, considero, por ejemplo, que en la futura normativa española que regule la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos no podrá incluirse una norma como la que actualmente contiene el artículo 146 TRLGDCU, que establece la responsabilidad del proveedor doloso de un producto defectuoso, como si fuera el productor⁷². La razón no es otra que la ausencia de una previsión en tal sentido en la Directiva (UE) 2024/2853.

- c) La ley española debe incluir un precepto dedicado a definiciones (tal y como hace el art. 4 de la Directiva). Especial importancia tiene la concreción por el legislador español de lo que debe entenderse en este ámbito por producto defectuoso (conforme a lo dispuesto en el art. 7 de la Directiva), así como de los daños susceptibles de indemnización al amparo de esta normativa (conforme a lo dispuesto en el art. 6 de la Directiva).
- d) El legislador español debe incluir un precepto que establezca que el régimen de responsabilidad no es aplicable a los programas informáticos libres y de código abierto que se desarrollen o suministren fuera del contexto de una actividad comercial (en mi opinión, la norma debería dejar claro que el régimen de responsabilidad sí resulta aplicable cuando, por ejemplo, la persona física cede datos personales para hacer uso de esos programas informáticos, pues en ese caso puede entenderse que existe una contraprestación en el marco de una actividad comercial).
- e) En lo referente al ámbito subjetivo de aplicación, por una parte, debe especificar qué sujetos son operadores económicos responsables y el orden de prelación de cada uno de ellos respecto de la asunción de la correspondiente responsabilidad por los daños ocasionados por un producto defectuoso (atendiendo a lo que establece el art. 8 de la Directiva). Por otra parte, debe quedar claro en el articulado de la ley española que, al amparo de esta normativa específica, únicamente tendrán la condición de personas perjudicadas con derecho a indemnización las personas físicas (sin que sea preciso que tengan la condición de consumidor). Las personas jurídicas (aunque tengan la condición de consumidor, conforme a la legislación española) deben quedar excluidas del ámbito de aplicación de esta normativa⁷³, sin perjuicio de que puedan reclamar una indemnización en virtud de otros regímenes de responsabilidad (de conformidad con los arts. 1 y 5.1 de la Directiva).

⁷² OLIVA BLÁZQUEZ, «Comentario artículo 146 TRLGDCU», en CAÑIZARES LASO (dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 2161-2168, se plantea si el supuesto regulado en el artículo 146 TRLGDCU es acorde con la Directiva de 1985 o si vulnera la jurisprudencia del TJUE. La conclusión a la que llega, a mi juicio acertadamente, es que el legislador español no ha vulnerado la jurisprudencia del TJUE referente a la responsabilidad del proveedor porque regula un supuesto diferente al de la Directiva de 1985.

⁷³ Considero que el legislador español en esta normativa no puede incluir a las personas jurídicas como sujetos perjudicados con derecho a indemnización por los daños ocasionados por los productos defectuosos, pues la Directiva (UE) 2024/2853 no lo prevé y como se ha indicado anteriormente se trata de una Directiva de armonización máxima (art. 3).

- f) La normativa española también debe incluir una regulación en materia procesal referente a la exhibición de pruebas (conforme a lo establecido en art. 9 de la Directiva).

A la hora de incorporar esta medida en el Ordenamiento interno español, nuestro legislador debe tomar en consideración la regulación contenida en los artículos 283 bis a) a 283 bis k) LEC, referente a la exhibición de las pruebas en procesos para el ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. A mi juicio, las normas sobre exhibición de pruebas en los procesos de responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos deben incluirse en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- g) La responsabilidad de los operadores económicos es objetiva, correspondiendo al sujeto perjudicado (demandante) probar el carácter defectuoso del producto, el daño sufrido y el nexo causal entre ese carácter defectuoso y ese daño (según lo dispuesto en el art. 10.1 de la Directiva).

A estos efectos, el legislador español podría optar por reproducir, en un precepto de la ley especial mediante la cual se incorpore la Directiva al ordenamiento interno, el tenor literal del vigente artículo 139 TRLGDCU.

- h) El legislador español, con la finalidad de facilitar la prueba al sujeto perjudicado, tiene que incluir una serie de presunciones *iuris tantum* (atendiendo a lo que se establece en los apartados 2, 3 y 4 del art. 10 de la Directiva). En relación con esta cuestión, al tratarse de una Directiva de armonización máxima (art. 3), considero que legislador interno no puede incluir otras presunciones legales distintas a las previstas en la Directiva. En este sentido, la futura normativa española sobre responsabilidad civil por productos defectuosos no puede incorporar una presunción como la que recoge el vigente artículo 137.2 TRLGDCU⁷⁴. La razón de esta negativa a su inclusión en la futura ley española es sencilla: la Directiva (UE) 2024/2853 no contiene en su articulado una regla similar y, por tanto, no es factible su inclusión en el Ordenamiento interno español.
- i) El legislador español debe incluir en un precepto las causas de exoneración de responsabilidad de los operadores económicos (en línea con lo previsto en el art. 11 de la Directiva).

En relación con esta cuestión, recuérdese que el artículo 18 de la Directiva permite a los legisladores de los Estados miembros establecer excepciones a la causa de exoneración de responsabilidad basada en los riesgos del desarrollo, prevista en el artículo 11.1 e) de la Directiva, en dos supuestos: *a)* se permite a los Estados miembros «mantener en sus sistemas jurídicos las medidas vigentes por las que los operadores económicos sean responsables aunque demuestren que el estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que el producto fue introducido en el mercado o puesto en servicio o durante el período en el que el producto estaba bajo el control del fabricante no permitía detectar el carácter defectuoso»; *b)* se permite a los Estados miembros introducir «medidas en sus sistemas jurídicos o modificar las medidas vigentes por las que los operadores económicos sean responsables aunque demuestren que el estado

⁷⁴ Artículo 137.2 TRLGDCU: «En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie».

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 período en el que el producto estaba bajo el control del fabricante no permitía detectar el carácter defectuoso», siempre que estén limitadas a categorías específicas de productos, estén justificadas por objetivos de interés público y sean proporcionales, en el sentido de que deben ser adecuadas y no excederán de lo necesario para garantizar la consecución de los objetivos perseguidos. Cuando un Estado miembro quiera hacer uso de esta posibilidad debe comunicarlo a la Comisión y aportar una justificación.

Como indiqué anteriormente⁷⁵, permitir que los Estados miembros puedan optar por excluir la aplicación de la cláusula de exoneración por riesgos del desarrollo en determinados casos y bajo determinadas condiciones merece, a mi juicio, una valoración negativa. Con este planteamiento no se logra una armonización real entre los Estados miembros y el nivel de protección de las víctimas (personas físicas) será distinto en función de la normativa interna de cada Estado miembro.

Como es sabido, actualmente la normativa española prevé, en el artículo 140.3 TRLGDCU, que «en el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables» no podrán invocar la causa de exoneración de riesgos del desarrollo, prevista en el artículo 140.1 e) TRLGDCU. Así pues, el legislador español, al aprobar la nueva normativa de responsabilidad civil por productos defectuosos, debe decidir si mantiene, modifica o suprime esta excepción a la causa de exoneración basada en los riesgos del desarrollo (en los términos previstos y cumpliendo los trámites establecidos en el art. 18 de la Directiva). Lo más razonable, a mi entender, es que la citada excepción siga manteniéndose en nuestro Ordenamiento interno.

- j) La normativa española debe contener un precepto que establezca la ineficacia de las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad (para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 15 de la Directiva).

A estos efectos, el legislador español podría optar por reproducir en un precepto de la ley de transposición de la Directiva el tenor literal del vigente artículo 130 TRLGDCU.

- k) Debe incluirse una norma que prevea la responsabilidad solidaria cuando dos o más operadores económicos sean responsables de los mismos daños para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 12 de la Directiva. Asimismo debe regularse el derecho de repetición entre los operadores económicos, conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Directiva.

El legislador español puede tomar como modelo el vigente artículo 132 TRLGDCU.

- l) La legislación española que incorpore la Directiva (UE) 2024/2853 debe incluir una norma que regule la concurrencia de culpas, en los términos establecidos en el artículo 13.2 de dicha Directiva. Esto es, la normativa interna en España debe establecer que el operador económico puede reducir o quedar exonerado de responsabilidad cuando el daño sea causado conjuntamente por el carácter defectuoso del producto y por una conducta

⁷⁵ Véase lo expuesto en el apartado 2.6.

dolosa o negligente de la persona perjudicada o de una persona que está bajo su responsabilidad⁷⁶.

En esta materia, el legislador español podría incluir en la ley especial un precepto con el mismo tenor literal que el vigente artículo 145 TRLGDCU.

- m)** La ley española debe incluir un precepto que establezca que la responsabilidad de un operador económico no se reduce ni tampoco puede quedar exonerado de responsabilidad cuando los daños son causados tanto por el carácter defectuoso de un producto como por un acto u omisión de un tercero (conforme a lo previsto en el art. 13 de la Directiva)⁷⁷.

A mi entender, dicha norma también debería reconocer el derecho de repetición del operador económico frente al tercero que ha contribuido a la causación del daño.

A estos efectos, el legislador español podría reproducir en la nueva normativa el tenor literal del vigente artículo 133 TRLGDCU.

- n)** La ley que apruebe el legislador español debe incluir un precepto dedicado al plazo de prescripción de la acción para reclamar una indemnización por los daños. Dicho plazo es de tres años y las reglas su computo son las que fija la Directiva en su artículo 16.

En cuanto a las causas de interrupción de la prescripción procede realizar una remisión a las normas del Código civil sobre la materia.

- o)** Es necesario incluir una norma que establezca que plazo de extinción de la responsabilidad de los operadores económicos es de diez años a contar a partir de «la fecha de introducción en el mercado o puesta en servicio del producto» y en el caso de productos modificados sustancialmente, a partir de «la fecha de comercialización o puesta en servicio de dicho producto tras su modificación sustancial» (conforme al art. 17.1 de la Directiva).

Además, debe incluirse que en los casos de latencia de lesiones corporales que no se han manifestado durante los primeros diez años desde que el bien se introdujo en el mercado o el servicio se puso en marcha, el límite temporal de la extinción de responsabilidad se amplía hasta los veinticinco años (así lo establece el art. 17.2 de la Directiva).

- p)** Deben derogarse los artículos 128 a 149 TRLGDCU con efectos a partir del 9 de diciembre de 2026 (en todo caso, debe indicarse expresamente en la norma que se apruebe que dichos preceptos van a seguir siendo aplicables a los supuestos de responsabilidad por

⁷⁶ En relación con la materia de la compensación de culpas, puede consultarse el trabajo de GÓMEZ LIGÜERRE/PINEIRO SALGUERO, «Culpa del perjudicado», en SALVADOR CODERCH/GÓMEZ POMAR, *Tratado de Responsabilidad Civil del Fabricante*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 347-414. El exhaustivo análisis que realizan del vigente artículo 145 TRLGDCU sigue resultando de utilidad desde la perspectiva del Derecho español en el proceso de transposición de la Directiva Directiva (UE) 2024/2853.

⁷⁷ En relación con esta materia me parece muy acertado e ilustrativo el análisis que realiza GÓMEZ LIGÜERRE, «Intervención de tercero», en SALVADOR CODERCH/GÓMEZ POMAR, *Tratado de Responsabilidad Civil del Fabricante*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 297-347. Aunque el análisis se refiere a la regulación actual que contiene el artículo 133 TRLGDCU, considero que sus reflexiones son plenamente aplicables al nuevo marco normativo que establece la Directiva (UE) 2024/2853.

los daños ocasionados por productos defectuosos introducidos en el mercado antes del 9 de diciembre de 2026).

- q) La fecha de entrada en vigor de la Ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos deberá fijarse en el 9 de diciembre de 2026.

4. A modo de conclusión: valoración de la nueva Directiva

La aprobación de la Directiva (UE) 2024/2853, en principio, debe valorarse positivamente porque es un intento de adaptar el marco normativo europeo a los desafíos de la era digital y la economía circular. Ahora bien, en mi opinión, lo consigue solo en parte y presumo que no va a permitir una armonización total de la materia en la UE. Pese a que se ha planteado como una directiva de armonización máxima (considerando 8 y art. 3), en realidad no lo es: en la propia Directiva se prevén vías de escape para que los legisladores nacionales se aparten de su régimen jurídico en cuestiones de especial relevancia (así, por ejemplo, entre otros supuestos, el art. 18 en lo referente a la excepción a la exoneración basada en los riesgos de desarrollo). Sin duda, su aprobación supone un avance, pero considero que es una ocasión perdida para contar con un texto normativo de mayor calidad y que sea más preciso. Los considerandos de la Directiva y su articulado en muchas ocasiones no son armónicos⁷⁸. Así, por ejemplo, ni una sola vez se cita a la inteligencia artificial en los preceptos, aunque sí se hace en los considerandos. Lo mismo sucede con los programas informáticos que no se definen en el articulado de la Directiva, pero en sus considerandos sí se mencionan a modo de ejemplo varios tipos de programas informáticos (entre ellos, las aplicaciones o sistemas de inteligencia artificial), indicándose expresamente en el considerando 13 que «[e]n aras de la seguridad jurídica, debe aclararse en esta Directiva que los programas informáticos son un producto a efectos de la aplicación de la responsabilidad objetiva, independientemente de su modo de suministro o uso».

Como indiqué anteriormente, otro aspecto criticable de la Directiva es la exclusión de las personas jurídicas⁷⁹ de su ámbito de protección subjetiva, limitándolo exclusivamente a las personas físicas. Por el contrario, constituye un acierto de la Directiva la ampliación de los sujetos responsables por los daños ocasionados por un producto defectuoso (bajo la denominación de operadores económicos responsables). Ahora bien, deberá valorarse en el futuro el impacto que tendrá considerar operador económico responsable a una plataforma en línea o a un prestador de servicios logísticos (que no fabrica el producto, sino que simplemente realiza al menos dos de estas actividades: almacenar, empaquetar, dirigir o despachar un producto que no es de su propiedad).

La inclusión en el texto de la Directiva de mecanismos para facilitar la prueba del defecto y/o de la relación de causalidad entre el defecto y el daño (arts. 9 y 10) merece también una valoración positiva. Sin embargo, algunas de las presunciones *iuris tantum* que establece la Directiva resultan, a mi entender, llamativas [por ejemplo, que baste que el demandante (persona perjudicada) pruebe que es «probable» que el producto sea defectuoso o que es «probable» que exista relación de causalidad entre el defecto y el daño para que el juez presuma el defecto o la

⁷⁸ En términos similares se pronuncia CARRASCO PERERA, «Análisis de la nueva Directiva de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. Síntesis y crítica de la regulación más contenida en la Directiva 2024/2853». Disponible en https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Analisis_de_la_nueva_Directiva_de_responsabilidad_por_danos.pdf [Consulta: 21 abril 2025].

⁷⁹ QUIJANO GONZÁLEZ, en *Tratando del Derecho de consumo*, p. 455.

existencia del nexo causal no parece desde el punto de vista jurídico muy acertado⁸⁰; ¿Qué debe entenderse por «probable»? Habrá que esperar a la interpretación que realiza el TJUE de dicho término para concretar su alcance].

Como se ha expuesto anteriormente, a mi juicio, la Directiva (UE) 2024/2853 presenta algunas luces y muchas sombras. Solo el tiempo dirá si lo que hoy se consideran sombras se transforman en luces y la nueva normativa europea cumple su finalidad, aportando seguridad jurídica y garantizando un adecuado equilibrio de todos los intereses en juego. Ello dependerá de varios factores. Por una parte, de cómo realicen los Estados miembros su transposición en los ordenamientos internos. Si los Estados miembros hacen uso de las excepciones que permite la Directiva y se apartan de las reglas que establece, no se logrará la armonización perseguida. Por otra parte, de cómo interpreten el TJUE y los tribunales nacionales las disposiciones de la Directiva, dando respuesta a los innumerables interrogantes que plantea y que van a surgir en su aplicación. El papel de la jurisprudencia será clave para la concreción y alcance del régimen jurídico aplicable que establece la Directiva⁸¹. Puede afirmarse que, en gran parte, el éxito de la Directiva dependerá de la interpretación y aplicación de la misma que realicen los tribunales.

Por último, en lo concerniente a la incorporación de la Directiva al Ordenamiento interno español, confiemos que en esta materia el legislador español haga los deberes en tiempo (antes del 9 de diciembre de 2026) y forma (con un texto legislativo de calidad, que tenga su origen en una propuesta elaborada por la Comisión General de Codificación). Ciertamente es que los precedentes no invitan al optimismo, pero en la vida todo puede cambiar...

5. Bibliografía

ATIENZA NAVARRO, María Luisa, «¿Una nueva responsabilidad por productos defectuosos? Notas a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos de 28 de septiembre de 2022 (COM/2022/495)», *InDret*, 2-2023, pp. 1-53. Disponible en <https://indret.com/wp-content/uploads/2023/04/1785-numerado.pdf> [Consulta: 21 abril 2025].

AYO FERRÁNDIZ, Cristina/SEIJO BAR, Álvaro/GARRE ANGUERA DE SOJO, Ignacio/GONZÁLEZ GUILLÉN, Pablo, «Responsabilidad civil e inteligencia artificial», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 67, mayo 2025, pp. 29-56. Disponible en https://www.uria.com/documentos/publicaciones/9326/documento/AJUM_67-2025.pdf?id=14010&forceDownload=true [Consulta: 13 junio 2025].

⁸⁰ CARRASCO PERERA, «Análisis de la nueva Directiva de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. Síntesis y crítica de la regulación más contenida en la Directiva 2024/2853». Disponible en https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Analisis_de_la_nueva_Directiva_de_responsabilidad_por_danos.pdf [Consulta: 21 abril 2025], afirma que «todo el art. 10 es demostrativo de la pésima técnica legislativa de que hace gala el legislador europeo».

⁸¹ Véase el artículo 19 de la Directiva que establece la obligación de los Estados miembros de publicar, «en un formato electrónico y fácilmente accesible, toda sentencia firme dictada por sus tribunales de apelación o de más alta instancia nacionales en relación con los procedimientos iniciados en virtud de la presente Directiva».

A mi juicio estas medidas deben valorarse positivamente. Como indica QUIJANO GONZÁLEZ, en *Tratando del Derecho de consumo*, p. 463, serán «instrumentos valiosos para un conocimiento directo del alcance fáctico y jurídico de la aplicación de la Directiva».

CARRASCO PERERA, Ángel F., «Análisis de la nueva Directiva de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. Síntesis y crítica de la regulación más contenida en la Directiva 2024/2853». Disponible en https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Analisis_de_la_nueva_Directiva_de_responsabilidad_por_danos.pdf [Consulta: 21 abril 2025].

CELESTE DANESI, Cecilia, *Derechos del consumidor en la encrucijada de la inteligencia artificial: la necesaria reforma de la Directiva de productos defectuosos*, Dykinson, Madrid, 2024.

EUROPEAN LAW INSTITUTE, *European Commission's Proposal for a Revised Product Liability Directive. Feedback of the European Law Institute*, European Law Institute, Viena, 2023. Disponible en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_on_the_EC_Proposal_for_a_Revised_Product_Liability_Directive.pdf [Consulta: 13 junio 2025].

EUROPEAN LAW INSTITUTE, *ELI Draft of a Revised Product Liability Directive. Draft Legislative Proposal of the European Law Institute*, European Law Institute, Viena, 2022. Disponible en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Draft_of_a_Revised_Product_Liability_Directive.pdf [Consulta: 13 junio 2025].

EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Response of the European Law Institute (ELI) to the Public Consultation of the European Commission on Civil Liability. Adapting liability rules to the digital age and artificial intelligence*, (autores KOCH, Bernhard; BORGHETTI, Jean-Sébastien; MACHNIKOWSKI, Piotr; PICHONNAZ, Pascal; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa; TWIGG-FLESNER, Christian; WENDEHORST, Christiane), European Law Institute, Viena, 2022. Disponible en https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Response_to_Public_Consultation_on_Civil_Liability.pdf. [Consulta: 13 junio 2025].

EVANGELIO LLORCA, Raquel, «Causalidad y responsabilidad civil por daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial», en ÁLVAREZ LATA, Natalia (coord.), *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil, Aranzadi, Las Rozas (Madrid), 2024, pp. 549-619.

FERNÁNDEZ MANZANO, Luis Alfonso, «La carga de la prueba en la nueva Directiva sobre Responsabilidad por Productos Defectuosos», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 1014, 2025.

GARCÍA VIDAL, Ángel, «La reforma del Derecho europeo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos», en LARA GONZÁLEZ, Rafael/PÉREZ MORIONES, Aránzazu (coords.), *Tratando del Derecho de consumo*, Aranzadi, Las Rozas (Madrid), 2025, pp. 465-489.

GONZÁLEZ BELUCHE, Paloma, «Responsabilidad por productos defectuosos: el suministrador y el fabricante aparente en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del Tribunal de Justicia 5ª 19 de diciembre de 2024, asunto C-157/23: Ford Italia SpA c. ZP, Stracciari SpA», *La Ley Unión Europea*, núm. 133, febrero 2025.

GONZÁLEZ BELUCHE, Paloma, «La nueva Directiva (UE) 2024/2853 de 23 de octubre de 2024 sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos: sus principales aportaciones», *La Ley Unión Europea*, núm. 132, enero 2025.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «La nueva Directiva de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos», *La Ley Unión Europea*, núm. 133, febrero 2025.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos», *InDret*, 4-2022, pp. i-vii. Disponible en <https://indret.com/wp-content/uploads/2022/10/Editorial-InDret-2022-numerada.pdf> [Consulta: 21 abril 2025].

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «Intervención de tercero», en SALVADOR CODERCH, Pablo/GÓMEZ POMAR, Fernando, *Tratado de Responsabilidad Civil del Fabricante*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 297-347.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos/PIÑEIRO SALGUERO, José, «Culpa del perjudicado», en SALVADOR CODERCH, Pablo/GÓMEZ POMAR, Fernando, *Tratado de Responsabilidad Civil del Fabricante*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 347-414.

HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada, «Encaje de los sistemas de IA en la definición de producto en la legislación de productos defectuosos: Análisis de la legislación vigente con la vista puesta en la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo de 28 de septiembre de 2022 (COM/2022/495)», *InDret*, 3-2024, pp. 52-98. Disponible en <https://indret.com/wp-content/uploads/2024/07/1885.pdf> [Consulta: 24 junio 2025].

MARCO MOLINA, Juana, «La nova Directiva 2024/2853/UE, sobre responsabilitat pels danys causats per productes defectuosos, en el context de la economia circular i de les tecnologies digitals emergents», *Blog de la Càtedra UB ACdC d'Estudis de Consum i Resolució Alternativa de Litigis*. Disponible en <https://catedraconsum.wixsite.com/blog-consum-adr/post/la-nova-directiva-2024-2853-ue-sobre-responsabilitat-pels-danys-causats-per-productes-defectuosos> [Consulta: 21 abril 2025].

MARTÍN CASALS, Miquel, «Líneas generales de la nueva Directiva europea de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos», *Actualidad Jurídica. Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, núm. 50, julio 2024, pp. 35-76. Disponible en <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2024/09/2-miquel-martin-casals.pdf> [Consulta: 21 abril 2025].

MARTÍN CASALS, Miquel, «Las Propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial», *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 55-100. Disponible en <https://indret.com/wp-content/uploads/2023/07/1806.pdf> [Consulta: 24 junio 2025].

MARTÍN FABA, José M.^a, «La inteligencia artificial en la nueva Directiva de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos ¿realidad o expectativa?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 53, 2025, pp. 14-19. Disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/3648/3031> [Consulta: 21 abril 2025].

MUÑOZ GARCÍA, Carmen, «Directiva 2024/2853 sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Contexto y armonización de máximos para proteger, ahora sí, a consumidores y “a otras personas físicas”», *La Ley Unión Europea*, núm. 132, enero 2025.

MUÑOZ GARCÍA, Carmen, «Adaptar o reformular la directiva 85/374 sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la inteligencia artificial: últimas novedades», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 793, 2022, pp. 2886-2908.

NAVARRO-MICHEL, Mónica, «Vehículos automatizados y responsabilidad por producto», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5, octubre-diciembre 2020, pp. 175-223.

NAVAS NAVARRO, Susana, «Régimen europeo en ciernes en materia de responsabilidad derivada de los sistemas de inteligencia artificial», *Revista Cesco de Derecho de consumo*, núm. 44, 2022, pp. 43-67. Disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/3239/2531> [Consulta: 24 junio 2025].

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, «Comentario artículo 146 TRLGDCU», en CAÑIZARES LASO, Ana (dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 2161-2168.

ORTÍZ FERNÁNDEZ, Manuel, «Reflexiones acerca de la revisión de la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2024, núm. 3, pp. 403-429.

PEÑA LÓPEZ, Fernando, «Responsabilidad objetiva y subjetiva en las propuestas legislativas europeas sobre responsabilidad civil aplicables a la inteligencia artificial», en ÁLVAREZ LATA, Natalia (coord.), *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil, Aranzadi, Las Rozas (Madrid), 2024, pp. 411-499.

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, «La responsabilidad del fabricante», en LARA GONZÁLEZ, Rafael/PÉREZ MORIONES, Aránzazu (coords.), *Tratando del Derecho de consumo*, Aranzadi, Las Rozas (Madrid), 2025, pp. 431-463.

RUBÍ PUIG, Antoni, «Inteligencia artificial y daños indemnizables», en ÁLVAREZ LATA, Natalia (coord.), *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil, Aranzadi, Las Rozas (Madrid), 2024, pp. 621-688.

TOBÍO RIVAS, Ana María, «La responsabilidad por daños causados por productos defectuosos: nuevas tecnologías y modelos de negocio», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 335, enero-marzo 2025, pp. 1-40 [versión electrónica Legalteca].

Cursos causales irregulares y delitos calificados por el resultado

Sumario

A partir de una recopilación de casos selectos de la jurisprudencia chilena, que bien pueden agruparse bajo las etiquetas de los «cursos causales irregulares» y de los «delitos calificados por el resultado», el presente trabajo regresa al origen del concepto de causalidad adecuada, categoría formulada, a fines del siglo XIX, por el fisiólogo y filósofo Johannes von Kries con el objeto de aproximarse al deslinde entre responsabilidad y acaso. En este largo trayecto, además de recuperar el principio de los ámbitos de juego acuñado por von Kries, el paper rescata la distinción entre dos filtros sucesivos de adecuación –uno relativo a la conducta del agente y otro concerniente al vínculo causal–, que surgieron al calor de la discusión que los juristas de la época sostuvieron en torno a esos grupos de casos y que, por diversas circunstancias, los fundadores de la teoría de la imputación objetiva perdieron por completo de vista. Sobre la base de esa distinción, el paper cierra con una propuesta de solución también diferenciada de ambos grupos de casos.

Abstract

Based on a compilation of selected cases from Chilean jurisprudence, which can be grouped under the labels of «irregular causal courses» and «result-qualified crimes», this paper returns to the origin of the concept of adequate causation, a category formulated in the late 19th century by the physiologist and philosopher Johannes von Kries, with the aim of approaching the boundary between liability and chance. Along this extended trajectory, in addition to recovering von Kries' principle of the «play of ranges», the paper revives the distinction between two successive adequacy filters –one related to the agent's conduct and the other concerning the causal link. These filters emerged amid the debates held by jurists of the time around these groups of cases and were, for various reasons, entirely overlooked by the founders of the theory of objective imputation. On the basis of this distinction, the paper concludes by proposing a differentiated solution for each of the two groups of cases.

Zusammenfassung

Ausgehend von einer Zusammenstellung ausgewählter Fälle aus der chilenischen Rechtsprechung, die sich unter den Begriffen «abenteuerliche Kausalverläufe» und «erfolgsqualifizierte Delikte» einordnen lassen, kehrt dieser Beitrag zum Ursprung des Konzepts der adäquaten Kausalität zurück, einer Kategorie, die Ende des 19. Jahrhunderts von dem Physiologen und Philosophen Johannes von Kries formuliert wurde, um sich der Abgrenzung zwischen Haftung und Zufall anzunähern. Auf diesem langen Weg wird nicht nur das von Kries geprägte Prinzip der Spielräume wiedergewonnen, sondern auch die Unterscheidung zwischen zwei aufeinanderfolgenden Adäquanzfiltern – einem, der sich auf das Verhalten des Handelnden bezieht, und einem, der den Kausalzusammenhang betrifft –, die in der lebhaften Diskussion der damaligen Juristen um diese Fallgruppen entstanden ist und die die Begründer der Theorie der objektiven Zurechnung aus verschiedenen Gründen völlig aus den Augen verloren haben. Auf der Grundlage dieser Unterscheidung schließt der Beitrag mit einem Vorschlag für eine differenzierte Lösung beider Fallgruppen.

Title: Irregular causal courses and crimes qualified by the result

Titel: Abenteuerliche Kausalverläufe und erfolgsqualifizierte Delikte

-

Palabras clave: causalidad adecuada, responsabilidad, azar

Keywords: *adequate causation, liability, chance*

Stichwörter: *adäquate Kausalität, Haftung, Zufall*

-

DOI: 10.31009/InDret.2025.i3.08

-

-
- 1. Introducción: el «parecido de familia» de dos grupos de casos diversos**
- 2. El grupo de casos de los «cursos causales irregulares»: ubicado en el borde externo de la responsabilidad por culpa**
 - 2.1. El «caso de la ampolleta»
 - 2.2. El caso del «militar hemofílico»
 - 2.3. El caso del «abrazo de huasos»
 - 2.4. Síntesis y comentario general
- 3. Casos ventilados por la jurisprudencia bajo algunas normas de sanción agravada por el resultado**
 - 3.1. Un «caso terrible» de abandono de niño con resultado de muerte
 - 3.2. Un caso de incendio calificado por el resultado de muerte, históricamente premonitorio y previo a la reforma legal pertinente
 - 3.3. Jurisprudencia selecta sobre el delito de manejo en estado de ebriedad, calificado por el resultado de muerte o lesiones graves
 - 3.4. Comentario general a modo de cierre de la «parte casuística»
- 4. La formulación de la teoría de la causalidad adecuada para el deslinde entre responsabilidad y acoso**
 - 4.1. Síntesis del concepto de causalidad en John Stuart Mill
 - 4.2. Formulación del concepto de causalidad adecuada por obra de Johannes von Kries: filósofo de la indeterminación
- 5. El paulatino proceso de reformulación conceptual de la causalidad adecuada en los términos de la «imputación objetiva»**
 - 5.1. Recepción de la así llamada teoría de la causalidad adecuada en el umbral del siglo XX: demasiada indeterminación para la mente de juristas
 - 5.2. El proceso de desglose interno de la adecuación y la paulatina diferenciación de perspectivas ex ante y ex post
 - 5.3. Excurso: la inflexión filosófica de Larenz y el nacimiento del concepto de «imputación objetiva»
 - 5.4. El desglose de la adecuación como elemento y su recodificación en los términos de la «imputación objetiva»
 - 5.5. Comentario general a modo de cierre de la «sección histórico-dogmática»
- 6. Propuesta de solución diferenciada para cada grupo de casos y generalización de criterios**
 - 6.1. El elemento del riesgo relevante, ex ante, para la delimitación de la responsabilidad en el grupo de casos de los «cursos causales irregulares»
 - 6.2. La relación de riesgo, constatada ex post, como criterio único de delimitación de la responsabilidad por los delitos calificados por el resultado
- 7. Conclusiones**
- 8. Bibliografía**
-

«(...) y las causas lo fueron cercando, cotidianas, invisibles, y el azar se le iba enredando, poderoso, invencible (...)».

Causas y azares, *Silvio Rodríguez*

1. Introducción: el «parecido de familia» de dos grupos de casos diversos*

En su formulación originaria, el principio de culpabilidad abriga la pretensión de impedir la aplicación de una pena sin que exista al menos culpa en la persona del agente –nulla poena sine culpa. A la luz de este principio básico del Derecho penal, tanto la doctrina como la jurisprudencia han ventilado tradicionalmente una serie de casos que se ubican en los confines de la responsabilidad jurídica. No solamente, pero los casos que resultan altamente problemáticos bajo ese baremo son aquellos que suelen discutirse con la nomenclatura de los «cursos causales irregulares», que se llaman así porque la conducta del agente da origen a una conexión tan *singular* de las circunstancias concomitantes que se produce un resultado difícilmente previsible para cualquiera en su lugar¹. Asimismo, en nuestra tradición jurídica, desde la memoria de grado de ARMANDO URIBE (1957)², tanto doctrina como jurisprudencia tildan a los delitos calificados por el resultado como una categoría legislativa incompatible con dicho principio, a pesar de que suponen la concurrencia no sólo de culpa sino incluso de dolo en la realización del tipo base³.

Pues bien, asumiendo que plantean un problema similar a la luz del principio de culpabilidad, que bien podría graficarse con la imagen del poderoso e invencible azar que enreda al agente, el presente trabajo ofrece no obstante un contraste entre ambos grupos de casos, que a su vez justifica la aplicación diferenciada de criterios limitadores de la responsabilidad por el resultado. De ahí que este se divida en cinco partes o secciones. En el segundo y tercer acápite, la parte casuística, se exponen algunos casos extraídos de la jurisprudencia nacional y luego se identifican los criterios usados por ésta para abordar los problemas que plantean. Además de invocar el principio de culpabilidad y, por ende, el concepto de culpa o imprudencia como límite, alguna jurisprudencia todavía recurre a la antigua idea de la causalidad adecuada y la más reciente derechamente aplica diversos criterios de imputación objetiva, sin que resulte para nada claro cómo estos se relacionan sistemáticamente entre sí⁴. Pero, construir sistemas no es tarea de la jurisprudencia, sino que precisamente de la ciencia del Derecho penal, de la doctrina. Es por eso que, en la cuarta parte del trabajo, se vuelve al momento originario de formulación del concepto de causalidad adecuada, a fines del siglo XIX, por obra de ese científico y filósofo que

* Autor de contacto: Dr. iur. Luis Emilio Rojas A. (lrojas@derecho.uchile.cl). El presente trabajo fue escrito en el marco del proyecto Fondecyt núm. 1211369 sobre «Causalidad e imputación objetiva en los delitos calificados por el resultado: hacia una solución diferenciada»; el autor expresa sus agradecimientos al Prof. Dr. Jesús-María Silva Sánchez por haberle permitido la exposición de un primer esbozo del trabajo en el seminario permanente de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra; asimismo, agradece al Prof. Dr. Juan Pablo Mañalich por los comentarios, por cierto críticos, formulados a un borrador aún incompleto del artículo; por último, el autor agradece a Daiane Ayumi Kassada, flamante doctora por la Universidade de São Paulo, por la revisión final del texto. Si se me permite el gesto, dedico el presente *paper* a mi querida e ineludible madre, Bernardita Aguirre Valdivieso.

¹ Cfr., en general, GIMBERNAT ORDEIG, *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*, 2011, pp. 19 ss.

² URIBE, *De los delitos calificados por el resultado*, 1957, pp. 41 ss.

³ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 2ª ed., 2007, pp. 188 ss., 244 ss.

⁴ Según TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, (39-1), 1986, pp. 38 ss., existe una relación dialéctica entre causalidad, adecuación e imputación objetiva.

fue Johannes VON KRIES. En la quinta sección, que es propiamente histórico-dogmática, se expone el largo proceso de reformulación de dicho concepto en los términos de la teoría de la adecuación, que luego se replantearía en clave de imputación objetiva; el trabajo cierra con una propuesta de solución diferenciada para cada grupo de casos, de lege lata, en el sexto acápite.

2. El grupo de casos de los «cursos causales irregulares»: ubicado en el borde externo de la responsabilidad por culpa

2.1. El «caso de la ampollita»

El primer caso que se trae a colación es uno bien antiguo, fallado por la Corte Suprema el 31 de agosto de 1953, y que probablemente hoy se ventilaría a título de femicidio. Se trataba de un sujeto que, luego de una disputa verbal con su mujer, motivada por el retiro de una ampollita que alumbraba el comedor diario, le había arrojado a ésta un vaso –de 12 centímetros de largo por 7 de diámetro– a una distancia de tres o cuatro metros desde el lugar donde él se encontraba, vaso que la golpeó en la sien derecha, ocasionándose así, tres horas después, la muerte de la víctima. El informe de autopsia arrojó como conclusión que el impacto se produjo en la sien derecha, zona frágil por constitución anatómica, y que el cráneo tenía «paredes de grosor menor que lo corriente», de modo que «la lesión no era necesariamente mortal». Pues bien, ante el castigo a título de parricidio, elevado por el tribunal de instancia y confirmado por la Corte de Apelaciones, la Suprema aborda la cuestión de si hubo dolo o culpa, concibiendo el primero en los términos de «un acto consciente en el que existe un nexo causal entre el querer o deseo y el resultado que se propone el sujeto activo de la infracción punitiva»⁵, elemento que, considerando una serie de factores sociológicos –el oficio de zapatero del sujeto– y psicológicos, pero también por las circunstancias del caso –v.gr., el medio empleado, el estado de embriaguez del reo, la distancia, la herida en la sien derecha y el grosor de la pared craneana de la mujer–, termina por descartar⁶. Respecto de la culpa, la Corte Suprema sostiene que su requisito esencial es la previsibilidad y luego la define como «un acto voluntario, en el que hay falta de previsión del efecto dañino y posibilidad de preverlo»⁷. Pues bien, en el caso concreto, la Excma. Corte afirma que, innegablemente, la conducta del sujeto «se halla encuadrada en el hecho culpable o imprudencia temeraria»:

«Porque, en primer lugar, no previó el efecto que aquí fue la muerte de la persona protegida por el Derecho Penal; y en seguida, porque *pudo aquél preverlo si no hubiera sido negligente, descuidado o imprudente*»⁸.

La Corte Suprema se inclina por la calificación del hecho a título de culpa con base en un argumento circular, cuya formulación queda a la vista: la *culpa* se define por la posibilidad de prever el efecto dañino y esta posibilidad concurre porque el sujeto fue negligente, descuidado o imprudente, es decir, porque hay *culpa*⁹.

⁵ CS, 31.08.1953, RDJyGT, t. L, julio-agosto, núm. 5/6, pp. 139-144, considerando 4°.

⁶ CS, 31.08.1953, RDJyGT, t. L, julio-agosto, núm. 5/6, pp. 139-144, considerando 7°.

⁷ CS, 31.08.1953, RDJyGT, t. L, julio-agosto, núm. 5/6, pp. 139-144, considerando 5°.

⁸ CS, 31.08.1953, RDJyGT, t. L, julio-agosto, núm. 5/6, pp. 139-144, considerando 6° (destacado en el presente texto).

⁹ Crítico también BUSTOS RAMÍREZ, *El delito culposo*, 1995, p. 44 nota 29.

2.2. El caso del «militar hemofílico»

En un caso de características muy similares al precedente, la Corte Marcial –12.05.1955– emprendió el mismo análisis, pero llegó a una conclusión diversa. Se trataba esta vez de un caso en que dos sujetos se habían trenzado a golpes y, en ese contexto, uno le había pegado una bofetada en la boca del otro, provocándole una lesión en el labio inferior, lesión que a su turno le causó la muerte. En el informe de autopsia se concluyó que la lesión sufrida por la víctima no era «necesariamente mortal, a no mediar la complicación de su enfermedad hemofílica», pudiendo estimarse que en un individuo normal habría revestido el carácter de leve. La Corte sostiene, en primer término, que existió relación de causalidad y que, físicamente, el golpe recibido por la víctima, de parte del reo, «tuvo intrínsecamente el poder de producir la muerte y de por sí fue apto para conseguir ese resultado», es decir, «en el terreno meramente objetivo y de simple dependencia física, la acción del reo fue de suyo capaz de producir el proceso que originó la muerte (...)»¹⁰. En cuanto a la enfermedad hemofílica que sufría la víctima, la Corte Marcial afirma que esta «no puede calificarse lógicamente sino como una condición *sine qua non* del resultado (...)»¹¹, pero que la pregunta es si es dable atribuir «responsabilidad en el resultado en referencia», lo que se reduce a determinar la existencia del dolo o culpa por parte del reo, en su sentido más genérico¹².

En este orden de consideraciones, la Corte Marcial concluye que el sujeto no tuvo la intención de causar el resultado y, debido al desconocimiento de la enfermedad de la víctima, no tuvo conciencia de que su acto debía producirlo necesariamente¹³. Además, a diferencia de la Corte Suprema en el caso precedente, la Corte Marcial afirma que tampoco hay un «cuasidelito» o delito culposo, ya que no es dable dar por acreditada la concurrencia de culpa pues la esencia de esta radica esencialmente en la previsibilidad del resultado no deseado que, aunque el sujeto no lo había previsto, «podía y debía haberlo previsto»¹⁴.

En definitiva, y en ausencia tanto de homicidio doloso como de homicidio imprudente, la Corte Marcial estima que los hechos, no obstante, son constitutivos del delito de lesiones leves –art. 494 núm. 5 CP¹⁵.

2.3. El caso del «abrazo de huasos»

A modo de corolario, no puede dejar de mencionarse la sentencia de la Corte Suprema –24.10.1963–, redactada por Rafael Fontecilla, y que recayó en un caso bien peculiar, que rememora los casos de homicidio *casual* ocurrido en el contexto de los «juegos de monjes medievales», ventilados por los canonistas hace ocho siglos, pero en una versión secularizada¹⁶. El suceso ocurrió en la noche del 8 de marzo de 1959, en un restaurante de la comuna de Santa Cruz, lugar donde un sujeto, que portaba una pistola, fue sorpresivamente abrazado por otro, momento en el cual ambos cayeron al suelo, ocasionándose así un disparo que hirió al segundo

¹⁰ CM, 12.05.1955, RDJyGT, t. LII, julio-agosto, núm. 5/6, pp. 111-114, considerandos 2° y 3°.

¹¹ CM, 12.05.1955, RDJyGT, t. LII, julio-agosto, núm. 5/6, pp. 111-114, considerandos 2° y 3°.

¹² CM, 12.05.1955, RDJyGT, t. LII, julio-agosto, núm. 5/6, pp. 111-114, considerando 4°.

¹³ CM, 12.05.1955, RDJyGT, t. LII, julio-agosto, núm. 5/6, pp. 111-114, considerando 6°.

¹⁴ CM, 12.05.1955, RDJyGT, t. LII, julio-agosto, núm. 5/6, pp. 111-114, considerando 7°.

¹⁵ CM, 12.05.1955, RDJyGT, t. LII, julio-agosto, núm. 5/6, pp. 111-114, considerando 8°.

¹⁶ Cfr. QUINTANA/ROJAS, «Aproximación a la responsabilidad estricta en el Derecho penal chileno: una re-interpretación del art. 71 en relación con el art. 10 N.º 8 del Código Penal chileno», en OLIVER CALDERÓN/MAYER LUX/VERA VEGA (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Collao*, 2023, pp. 463 ss.

en la cabeza, con la consecuencia posterior de la muerte. El tribunal de instancia, si bien había reconocido que se trataba de un hecho *casual*, puesto que era obvio que el sujeto no había estado en situación de prever el abrazo y la posterior caída, le había no obstante atribuido carácter delictivo al hecho, en atención a la circunstancia de que el sujeto que fue abrazado por el otro tenía al arma en la mano y había percutado antes un disparo al aire. La Excma. Corte, además de advertir que esta última circunstancia no fue establecida como un hecho de la causa, moteja al fallo de instancia incurrir en una inconsistencia y, citando a JIMÉNEZ DE ASÚA acerca del concepto de culpa, basado en la previsibilidad, sostiene que el reo no puede ser imputable por el resultado no previsto, aunque su conducta inicial (la tenencia del arma) haya sido ilícita. Tras el disparo al aire, la relación causal se interrumpió por el abrazo que causó la caída, un hecho que el reo no pudo prever¹⁷. Por ese motivo, la Corte Suprema moteja la sentencia del tribunal de instancia por aplicar la teoría anacrónica basada en el axioma latino «*qui in re illicita versatur, tenetur etiam*», que establece que la práctica de cualquier acto ilícito implica responsabilidad por todas las consecuencias, sean previstas o no, lo que obligaría a responder incluso por el caso fortuito¹⁸.

Con cita de ALIMENA, la Excma. Corte declara superado tal axioma en el derecho penal moderno, que por el contrario se inspira en «el principio de que no puede haber responsabilidad sin culpabilidad», y afirma que la «verdadera doctrina» se halla recogida en los artículos 1º y 2º CP, «al hacer imputable sólo el hecho voluntario (dolo) y el hecho culposo (cuasidelito)»¹⁹. Respecto del «principio de la inseparabilidad de la causa y del efecto, unidos por el nexo causal», que fue invocado por el tribunal de instancia, en términos tales de que «si es culpable o imprudente el disparo, no puede faltarle el mismo carácter a su consecuencia, que es la herida o el daño causado (...)»²⁰, advierte la Excma. Corte «el error de determinar la responsabilidad sólo en atención al nexo causal, con prescindencia, en absoluto, de la previsibilidad (...)», paso argumentativo que le conduce a sostener que con la comprobación de la causalidad no se resuelve «el problema de la responsabilidad». En este caso, el disparo al aire ocurrió de forma imprevista debido a una nueva cadena causal, que comenzó con el abrazo, el enredo de las espuelas, la caída al suelo, etc. Aunque haya un nexo causal entre mantener el arma en la mano y el resultado del disparo, este no es suficiente para determinar la responsabilidad porque el resultado no se podía prever²¹.

Así, la sentencia concluye con la decisión de absolución, con lo cual la Corte Suprema reafirma su compromiso con el principio de culpabilidad. Metodológicamente, la aplicación de este principio se traduce en la exigencia de agregar al nexo de causalidad la comprobación del carácter imprudente no solo de la acción del sujeto, sino que además del resultado mismo.

2.4. Síntesis y comentario general

Como fluye de la exposición, en los tres casos el agente crea con su acción, desde una perspectiva *ex ante*, un riesgo más bien bajo para la persona del otro. En la faz objetiva, no obstante, por la constitución especial o por el «arrebato» de la víctima, la acción desplegada por el agente ocasiona un resultado más grave, como es la muerte de ésta, constatado *ex post*. En la faz subjetiva, este suceso más grave, de alguna manera, «toma por sorpresa» al agente, de tal modo que no es posible, por cierto, afirmar el dolo y sólo queda en pie una eventual imputación a título

¹⁷ CS, 24.10.1963, RDJyGT, t. LX, sept-oct., núm. 7/8, pp. 459-465, considerando 19.

¹⁸ CS, 24.10.1963, RDJyGT, t. LX, sept-oct., núm. 7/8, pp. 459-465, considerando 20.

¹⁹ CS, 24.10.1963, RDJyGT, t. LX, sept-oct., núm. 7/8, pp. 459-465, considerando 21.

²⁰ CS, 24.10.1963, RDJyGT, t. LX, sept-oct., núm. 7/8, pp. 459-465, considerando 22.

²¹ CS, 24.10.1963, RDJyGT, t. LX, sept-oct., núm. 7/8, pp. 459-465, considerando 23.

culposo. Se trata de casos, entonces, que se ubican en la frontera de la responsabilidad por culpa o imprudencia.

3. Casos ventilados por la jurisprudencia bajo algunas normas de sanción agravada por el resultado

3.1. Un «caso terrible» de abandono de niño con resultado de muerte

La Corte de Apelaciones de San Miguel –17.08.2012– tuvo que pronunciarse acerca del caso de una mujer que había estado fumando en la casa donde se encontraba su hijo de casi tres años de edad, y donde ella había dejado un cigarrillo sin apagar, para luego dirigirse a otro lugar a divertirse. Aparentemente, fue el cigarrillo todavía encendido el que provocó un incendio del lugar y con este la muerte del niño. El tribunal de juicio oral en lo penal de Puente Alto condenó a la mujer a título del delito de abandono de niño menor de 7 años, en lugar no solitario, con la doble agravación derivada de su calidad de madre y del resultado de muerte del niño –artículos 347 y 348 CP. Ante el recurso interpuesto por la defensa, la Corte de San Miguel aclara que la sentencia concluyó que la acusada «incrementó el riesgo» al fumar en el interior de la vivienda donde se encontraba el menor y luego ausentarse por una hora y media sin verificar su estado, antes de trasladarse a un lugar distante. Se le atribuye no haber evitado un desenlace fatal, ya que bastaba con asegurarse de las condiciones del menor y del entorno antes de asistir al evento recreativo. Este acto de abandono derivó en la muerte, satisfaciendo los elementos del tipo penal previsto en el art. 348 CP, lo que fundamenta su imputación como autora del delito²². Así, la Corte confirmó la responsabilidad penal de la acusada a título de abandono del hijo con resultado de muerte.

3.2. Un caso de incendio calificado por el resultado de muerte, históricamente premonitorio y previo a la reforma legal pertinente

A la Corte Suprema –20.12.2018– le tocó pronunciarse acerca del caso de un grupo de sujetos que, en el contexto de una manifestación política ocurrida en un día feriado, el 21 de mayo de 2016, había procedido a dañar el portal de una farmacia, ubicada en el primer piso de un edificio de tres niveles y cuya puerta se encontraba cerrada, para luego arrojar un artefacto incendiario –tipo «bomba molotov»– en su interior, ocasionándose así un incendio en el edificio. Arriba de la farmacia se ubicaba una dependencia de la Municipalidad de Valparaíso, en cuyo interior se encontraba una persona que, entonces, resultó muerta a consecuencia del incendio. Varios sujetos fueron condenados por el Tribunal de juicio oral en lo penal de Valparaíso a título del delito de incendio calificado por el resultado de muerte, según la norma de sanción cualificada del art. 474 inciso 1 del CP, en coautoría. Frente a las alegaciones de las partes en torno a la imprevisibilidad del resultado de muerte y respecto de las exigencias de imputación objetiva, el tribunal de instancia se hizo cargo de ellas, de manera ordenada, sosteniendo que, por las circunstancias concomitantes a la acción, sí concurría previsibilidad *ex ante* del resultado de muerte de alguna persona que pudiese encontrarse al interior del edificio y que, respecto de aquel suceso, se exigía al menos culpa sin representación, la que también concurría, a juicio del tribunal²³. Luego de abordar el tipo subjetivo del presente delito doloso de resultado, el tribunal

²² Corte de Apelaciones de San Miguel, 17.08.2012, Rol 945-2012 RPP, considerando 8°.

²³ TJOP Valpo., 7.07.2018, RIT N. 162-2018, considerando 62°, que luego la CS, 20.12.2018, Rol N. 16.687-2018, considerando 53°, hizo suyo para rechazar el recurso de nulidad.

de instancia reafirmó que en el caso concurría el requisito de la previsibilidad, que se traduce en que «la aptitud causal entre la conducta y el resultado concreto resulte *adecuada* realizando un juicio de apreciación *ex ante*»²⁴.

La Corte Suprema, por su parte, hizo suya, en lo sustantivo, la argumentación del tribunal de instancia, para luego rechazar los recursos de nulidad deducidos por las partes²⁵, decisión que fue acordada con el voto disidente del entonces ministro Carlos Künsemüller. Su argumentación en contra es muy sugerente, por la carga conceptual que trae consigo: i) la doctrina nacional coincide en que la previsibilidad de la presencia de alguien en el lugar del incendio implica, al menos, culpa, refiriéndose a la culpabilidad por la infracción del deber de cuidado en ausencia de dolo, lo que excluye la calificación del delito por el resultado; ii) la *previsibilidad* del daño para personas *específicas* presentes en el lugar del incendio está *normativamente* vinculada a la previsibilidad de su presencia, siendo indispensable que la víctima sea alguien expuesto al peligro generado y no un tercero cuya presencia el agente no podía prever; y iii) el deber de cuidado debe limitarse a los resultados objetivamente previsibles y *efectivamente* producidos, según el criterio de un hombre prudente y razonable²⁶.

Solamente en la medida en que se reconozca la estructura del art. 474, incisos 1 y 2, como una norma de sanción cualificada por el resultado más grave, es posible comprender el esfuerzo argumentativo desplegado en el voto disidente del fallo de la Corte Suprema. Como se vio, éste se dirige, bajo la premisa de la vigencia del principio de culpabilidad, a ofrecer una interpretación aún más restrictiva, en comparación con la del voto de mayoría, de la cláusula de previsibilidad expresamente inserta en la disposición, recurriendo para ello a la exigencia de «previsibilidad *objetiva*»²⁷, pero entendida en un sentido *normativo* y con un grado mayor de *concreción* del resultado más grave, que tendría que haber sido previsto por el sujeto en el momento de realizar la acción. Lo que resulta sumamente enigmático en esta estrategia argumentativa es la forma en que se deriva de un principio como el de *culpabilidad*, que literalmente exalta la dimensión *personal* y *subjetiva* del agente al momento de realizar el hecho, exigencias de carácter *objetivo*, como podrían ser la «previsibilidad *objetiva*» o la imputación *objetiva*.

3.3. Jurisprudencia selecta sobre el delito de manejo en estado de ebriedad, calificado por el resultado de muerte o lesiones graves

El origen de la jurisprudencia en la materia se remonta a la época en la que existía una disposición de la Ley de Alcoholes que, para el caso en que la conducción de vehículos en estado de ebriedad causaba lesiones o la muerte de alguna persona, simplemente se remitía a las penas previstas por el art. 330 CP para esta clase de casos, cuyo tenor empero se refiere a la conducción de ferrocarriles. Ante la técnica de remisión usada entonces por el legislador, la discusión que se planteaba en la jurisprudencia giraba en torno a si esos supuestos constituían un «cuasidelito genérico», sometido a las penas del art. 490 CP, o si por el contrario se trataba de un «cuasidelito específico», sancionado especialmente por las normas del art. 330 CP, prevaleciendo, en la jurisprudencia, esta última tesis²⁸. Posteriormente, el delito de manejo en estado de ebriedad

²⁴ TJOP Valpo., 7.07.2018, RIT N. 162-2018, considerando 64º (destacado en el presente texto).

²⁵ CS, 20.12.2018, Rol N. 16.687-2018, considerandos 52º a 58º.

²⁶ CS, 20.12.2018, Rol N. 16.687-2018, pp. 82 ss. (destacado en el presente texto).

²⁷ Ya en este sentido COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal chileno*, t. I, 1975, pp. 886 ss.

²⁸ CS, RDJyGT, t. XLVIII, nov.-dic. 1951, núm. 9/10, pp. 251-253; Corte de la Serena, RDJyGT, t. XLIX, enero-abril 1952, núm. 1/2, pp. 59-65; CS, RDJyGT, t. LVII, mayo-junio 1960, núm. 3/4, pp. 84-87; Corte de Punta Arenas,

pasó a encontrarse regulado en el art. 196 de la Ley de Tránsito, y allí se diferenció de la conducción «bajo la influencia del alcohol».

En lo tocante al manejo en estado de ebriedad, la Corte de Rancagua –31.03.2006– se pronunció en el caso de un sujeto que había estado conduciendo el vehículo en estado de ebriedad, a exceso de velocidad y ocupando, con parte del vehículo, el costado izquierdo de la calzada, momento en el cual, de noche y con poca luz artificial, había atropellado a tres peatones ebrios que se encontraban, a su turno, tendidos o acostados en la calzada. La Corte, luego de citar al propio ROXIN, afirma que, en el supuesto hipotético de una conducta alternativa conforme a derecho, esto es, de conducción en estado de temperancia, el resultado de muerte igualmente habría sucedido, puesto que no cabría duda de que tal circunstancia, la de encontrarse peatones tendidos en la vía, es «absolutamente imprevisible» para cualquier conductor, concluyendo que la acción del sujeto «en la práctica no significó un incremento del riesgo»²⁹. A su juicio, aplicar la teoría opuesta, responsabilizando al acusado únicamente por conducir en estado de ebriedad, equivaldría a imponer el principio del *versari in re illicita*. Esto significaría atribuirle todas las consecuencias derivadas de su acción ilícita sin demostrar previamente que sean imputables objetiva o subjetivamente, ya sea por dolo o culpa, lo cual contradice el principio de culpabilidad, esencial en un derecho penal de un estado democrático³⁰.

Sin embargo, en la jurisprudencia también se encuentran otros fallos que matizan las exigencias para la configuración del delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte o lesiones graves. Así, la Corte de la Serena –4.04.2011– en un caso en el que una mujer había conducido un vehículo en estado de ebriedad por una vía de unos 3,5 metros de ancho, donde a su vez se encontraban varios sujetos intercambiando información con motivo de una reciente colisión, a una distancia de entre 60 centímetros y 1 metro de los vehículos chocados, produciéndose luego el atropello con resultado de lesiones graves en perjuicio de aquéllos, sostiene que tal delito es uno de peligro abstracto. En consecuencia, según la Corte de la Serena, en un ilícito de peligro abstracto no es necesario demostrar la existencia real del peligro. El dolo se limita a la actividad del agente, no al resultado, por lo que solo es necesario determinar si el conductor estaba ebrio al momento de causar las lesiones o la muerte, sin necesidad de analizar *previamente* si actuó con mera imprudencia o negligencia culpable³¹. En definitiva, la Corte llega a la conclusión de que, para configurar el delito de conducción en estado de ebriedad, se requieren dos elementos: a) manejar un vehículo motorizado, y b) hacerlo en estado de ebriedad. Además, al cumplirse estos elementos, el ilícito se sanciona en función del resultado³². En cuanto a la imprudencia de los sujetos que se encontraban en la vía, la Corte remata sosteniendo que «la responsabilidad penal no admite compensación de culpas»³³.

La misma Corte –15.12.2016– mantuvo esta jurisprudencia en un caso en que un sujeto había estado manejando un vehículo, en estado de ebriedad, por la primera pista de circulación de una

RDJyGT, t. LXII, enero-abril 1965, núm. 1/2, pp. 13-17; Corte de Apelaciones de Stgo., RDJyGT, t. LXIV, julio 1967, núm. 5, pp. 206-207.

²⁹ Respecto del tratamiento de estos supuestos límite bajo la teoría de la evitabilidad o la teoría del incremento del riesgo, cfr. CONTRERAS CHAIMOVICH, «Tratamiento penal de los casos de concurrencia de riesgos en el tráfico rodado a través de la teoría de la imputación objetiva del resultado», *Revista de Estudios de la Justicia*, (30), 2019, pp. 103 ss.

³⁰ Corte de Rancagua, 31.03.2006, Rol N. 1303, considerando 2°.

³¹ Corte de la Serena, 4.04.2011, Rol N. 37-2011, considerando 5° (destacado en el presente texto)

³² Corte de la Serena, 4.04.2011, Rol N. 37-2011, considerando 6°.

³³ Corte de la Serena, 4.04.2011, Rol N. 37-2011, considerando 7°.

calle, en dirección al norte, hasta acercarse a un cruce peatonal, momento en el cual, justo cuando otro vehículo circulaba por la segunda pista, dificultando así la visibilidad de aquél, una peatona cruzó el paso peatonal, de poniente a oriente, no obstante encontrarse con luz roja para ella, causándose así el atropello y lesiones graves en perjuicio de ésta. Pues bien, la Ilustrísima Corte replica la concepción que sigue del art. 196 LT y, respecto de la imprudencia en la que incurrió la propia víctima, señala que la responsabilidad penal no admite la compensación de culpas, por lo que, aunque la víctima de un accidente de tránsito haya incurrido en imprudencia al exponerse al riesgo y ser atropellada por un conductor en estado de ebriedad, esto no exime al conductor de su obligación de estar atento a las condiciones del tráfico, particularmente en un lugar con un «punto ciego» causado por la presencia de un taxi colectivo que circulaba lentamente, en una esquina con alta afluencia de peatones³⁴.

La Corte de Antofagasta –28.09.2016– profundizó esta línea jurisprudencial en el caso de dos sujetos que habían estado conduciendo, ebrios, sus respectivos vehículos pero en dirección contraria hasta que, no obstante que uno de ellos venía zigzagueando, ambos giraron bruscamente hacia la izquierda, esto es, hacia la vía de circulación del otro, ocasionándose un fuerte accidente por el costado derecho respectivo de cada vehículo y causándose así la muerte de una mujer que venía, como pasajera, en uno de ellos. La Corte, luego de reproducir las consideraciones del tribunal de instancia en orden a verificar la causalidad –en un supuesto de «cursos causales acumulativos», dícese–, se hizo cargo de la alegación de una de las partes, según la cual dicho tribunal habría razonado erróneamente «en el resultado de la muerte como condición objetiva de punibilidad», en el sentido de que el análisis de la condición objetiva de punibilidad no constituye un motivo absoluto de nulidad, ya que para los jueces fue solo un apoyo doctrinal para las conclusiones sobre la participación de ambos conductores en el delito de conducción en estado de ebriedad. Además, se aclaró que, independientemente de la calificación del hecho, se trata de un *delito calificado por el resultado*, en el cual la acción está dirigida voluntariamente a un resultado, pero genera un resultado distinto:

«En este caso, hay dolo en cuanto al resultado que el autor pretende alcanzar, de lo que ninguna defensa desconoce y se sostiene también que había culpa o *alguna conexión con el resultado* más grave final»³⁵.

Con cita de CARLOS CABEZAS, la Ilustrísima Corte también clasifica el tipo del art. 196 LT entre los delitos de peligro abstracto, para luego abordar el punto de la causalidad, sosteniendo que, aplicando la fórmula de la supresión hipotética conjunta de las condiciones puestas por ambos sujetos, «no se habría producido ese grave resultado»³⁶. Luego de suscribir la conclusión del tribunal de instancia, en orden a que «es la participación de ambos conductores, de acuerdo a las condiciones establecidas, la que tiene vinculación *directa* con el resultado del fallecimiento de la víctima», la Corte cierra su argumentación en orden a que no se trata de una calificación jurídica sobre si es una condición objetiva de punibilidad o el resultado mismo, ya que no forma parte del tipo penal, sino de una conclusión racional que vincula causalmente las acciones de ambos imputados, las cuales la ley considera punibles³⁷.

³⁴ Corte de la Serena, 15.12.2016, Rol N° 467-2016, considerando 4°.

³⁵ Corte de Antofagasta, 28.09.2016, Rol 208-2016, considerando 7° (destacado en el presente texto).

³⁶ Corte de Antofagasta, 28.09.2016, Rol 208-2016, considerandos 7° y 8°.

³⁷ Corte de Antofagasta, 28.09.2016, Rol 208-2016, considerando 9° (destacado en el presente texto).

3.4. Comentario general a modo de cierre de la «parte casuística»

Esta línea jurisprudencial, favorecida por las Cortes de la Serena y de Antofagasta, no parece sino extraer las consecuencias ulteriores de la decisión adoptada por el legislador, en su momento, en orden a regular expresamente, primero en la misma Ley de Alcoholes y luego en la de Tránsito – art. 196 LT –, el supuesto que surge de la conjunción del manejo doloso de un vehículo en estado de ebriedad y del «cuasidelito genérico» de homicidio o lesiones graves. Esta decisión del legislador moderno implicó la creación de un *tipo* que describe, en su base, un delito de peligro abstracto y que exige, en la faz subjetiva, dolo. Si se parte de esta premisa, entonces resulta comprensible que la Corte de la Serena sostenga que, tratándose de esta clase de delito, no sea necesario verificar previamente si el sujeto conducía el vehículo «con mera imprudencia o negligencia culpable». En cuanto a las hipótesis en que, a consecuencia del manejo doloso del vehículo en estado de ebriedad, se causa la muerte o lesiones graves a otra persona, si el mismo legislador ha decidido regular expresamente tales casos con las normas de sanción del art. 196 LT, cuya cuantía va incrementándose según la gravedad del resultado ocurrido, entonces esta auténtica creación legislativa implica que, en tales supuestos, ya no se trata más de un «cuasidelito genérico de lesiones graves u homicidio», sino de uno «específico», que, en esta medida, no se encuentra sometido a las reglas de imprudencia de los artículos 490 a 492, por disponerlo así el propio art. 493 CP. Sobre este trasfondo legislativo, resulta al menos comprensible que la Corte de la Serena afirme, aunque sea de una manera algo apodíctica, que «la responsabilidad penal –a diferencia de la civil– no admite compensación de culpas». Y otro tanto sucede con el fallo citado de la Corte de Antofagasta. Partiendo de las mismas premisas, esta Corte sencillamente es más transparente al llamar por su nombre esta clase de tipos legales bajo la etiqueta de un «delito calificado por el resultado». El uso de esta nomenclatura, empero, no le impide a la Ilustrísima Corte, quizás en miras de no erizar los pelos de sus pares, aclarar que, en el caso ventilado ante ella, «había *culpa o alguna conexión* con el resultado más grave final», es decir, concurría al menos esta clase de vínculo entre acción y resultado, sumado a la causalidad, previamente comprobada.

La pregunta que resta en pie, entonces, discurre sobre la base de aclarar si es consistente o no sostener que, respecto de la *conducta* típica, no es preciso comprobar previamente si el sujeto ha incurrido en «mera imprudencia o negligencia culpable» y, al mismo tiempo, en relación con el *resultado* más grave, exigir «culpa o alguna conexión» con éste. Sobre todo, urge aclarar en qué podría radicar esta conexión con el resultado *diversa* de la culpa, siempre sumada a la causalidad. Pues bien, disolver las incertezas de la jurisprudencia, en eso radica precisamente la tarea de la ciencia del Derecho penal, de la dogmática.

4. La formulación de la teoría de la causalidad adecuada para el deslinde entre responsabilidad y acaso

Hasta el día de hoy, tanto la doctrina como la jurisprudencia recurren a la «teoría de la equivalencia de las condiciones», o simplemente «teoría de la condición», para los efectos de verificar el nexo de causalidad entre un comportamiento típico y un resultado antijurídico. Dicha teoría, cuyo principal promotor fue, en la segunda mitad del siglo XIX, el jurista Maximilian VON BURI, tilda de causa toda condición *necesaria* del resultado, en términos tales de que, si esta se suprime, el fenómeno desaparece³⁸. No obstante, la doctrina moderna y la propia jurisprudencia

³⁸ Entre una infinidad de exposiciones al respecto, véase el interesante ensayo de KORIATH, *Kausalität und objektive Zurechnung*, 2007, pp. 31 ss.

suelen recurrir a la teoría de la imputación objetiva para abordar casos límite como los expuestos precedentemente, teoría que a su vez articula categorías bien diversas como la del *riesgo* o del nexo de *realización*, entre otras³⁹. En esta conjunción de requisitos, empero, lo que queda en la penumbra es el paso de la verificación de la causalidad, entendida en los términos de una relación *necesaria* entre antecedente y consecuente, al chequeo de elementos adicionales definidos con base en la noción de *posibilidad*, como ocurre con la categoría del riesgo y también del incremento del riesgo. El punto es acuciante, pues, en el ámbito del Derecho, rara vez un evento puede explicarse en los términos de que, dados ciertos antecedentes, este ha de ocurrir *necesariamente*, o, en el otro extremo, aquél se encuentra *necesariamente* excluido. Lo habitual, por el contrario, será que el fenómeno en cuestión se explique por la *posibilidad*, mayor o menor, de que ocurra y por la *posibilidad*, mayor o menor, de que no suceda⁴⁰.

Pues bien, la *única* forma de esclarecer ese paso metodológico es por la vía de regresar a la época en que un científico como fue VON KRIES enriqueció el concepto de causalidad que había sido previamente acuñado por MILL, momento que cuenta como hito fundacional de la así llamada teoría de la causalidad adecuada⁴¹.

4.1. Síntesis del concepto de causalidad en John Stuart Mill

En esa época, coetánea al momento en el que empieza a reinar en la jurisprudencia el concepto acuñado por VON BURI, MILL se aparta de los enfoques que salen en busca de la «causa última» de los fenómenos y declara que no es menester tal grado de necesidad, sino que, por decirlo así, basta un concepto «secularizado» de causa que surge, por vía inductiva, de la experiencia observada de la «invariabilidad de la sucesión» entre hechos de la naturaleza⁴²:

«el hecho invariable antecedente se llama causa y el hecho invariable consecuente efecto, y la generalidad de la ley causal estriba en que el consecuente se encuentra unido de alguna manera con el antecedente o con una sucesión de hechos antecedentes (...) Para cada suceso (cada acontecimiento) existe una combinación de cosas o sucesos, una interacción dada de circunstancias positivas y negativas, que, al ocurrir, les sigue dicho fenómeno»⁴³.

Al igual que VON BURI, MILL se resiste a la tentación de seleccionar una de dichas circunstancias como la «verdadera causa» y, a contrapelo de esta aproximación vulgar, pone el ejemplo de la persona que muere por consumir un plato de comida –con alguna sustancia nociva, se entiende–, en cuyo caso la muerte es la consecuencia de la *combinación* del acto de consumir el plato unido a la particular constitución corporal, a un específico estado de salud e incluso quizás la atmósfera, para aclarar que:

³⁹ Entre nosotros, las mejores exposiciones pueden encontrarse en RETTIG, *Derecho penal, parte general*, t. II, 2019, pp. 326 ss., y MODOLELL, *Manual de Derecho penal, Teoría del delito*, 2024, pp. 62 ss.

⁴⁰ Cfr. VON KRIES, *Logik*, 1916, pp. 49 ss., 54, pp. 293 ss.

⁴¹ La exposición sigue de cerca los planteamientos formulados en la siguiente literatura secundaria: HEIDELBERGER, «From Mill via von Kries to Max Weber: Causality, Explanation, and Understanding», en FEEST (ed.) *Historical Perspectives on Erklären and Verstehen*, 2010, pp. 244 ss., y LÜBBE, «Die Theorie der adäquaten Verursachung. Zum Verhältnis von philosophischem und juristischem Kausalitätsbegriff», en *Journal for General Philosophy of Science*, (24-1), 1993, pp. 89 ss.

⁴² MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8ª ed., p. 406 s.; en esa misma época, emprende no obstante esa odisea BELLO, *Filosofía del entendimiento*, 2006, pp. 228 ss.

⁴³ MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8ª ed., p. 407.

«La suma de esas circunstancias constituyó en ese caso particular las *condiciones* del fenómeno, o, con otras palabras, la sucesión de antecedentes que lo produjeron y sin la cual este no habría tenido lugar»⁴⁴.

Aquí lo que interesa, de cara a la posterior reformulación del concepto, es fijarse en el estatus de las condiciones *negativas* del fenómeno. Pues, hasta ahora, estas simplemente se computan en la suma de las condiciones que produce el fenómeno; pero, no queda claro si, por ejemplo, en el caso recién mencionado, estas consisten en la *presencia* de una constitución corporal débil o de un mal estado de salud del comensal, o en la *ausencia* de una constitución corporal sólida o de un buen estado de salud. MILL despeja el punto de la mano del caso del vigilante que abandona su puesto con la consecuencia de la emboscada del enemigo a la armada que entonces dormía, aclarando que su ausencia no produjo la causa, sino que se trató de la ausencia de una «causa impositiva», equivalente a la inexistencia del suceso:

«Ninguna consecuencia puede derivar de la nada, de una mera negación. Todos los efectos se encuentran unidos a una sucesión de condiciones *positivas* mediante una ley causal, a pesar de que casi siempre son igualmente necesarias las negativas»⁴⁵.

La aclaración no implica modificar el concepto de causa, que sigue estructurado al modo de una combinación de condiciones positivas y negativas de un fenómeno. Mas la mención pormenorizada de las condiciones negativas sería, en general, muy fatigosa, de modo que, para simplificar, estas se pueden agrupar bajo la denominación de la «ausencia de causas contraproducentes o impositivas»⁴⁶. Y como todas las causas pueden surtir efectos contraproducentes –MILL menciona el ejemplo de una solución alcalina que, mezclada con un ácido, junto con quitarle la propiedad de la acidez, impide colorear de rojo plantas azules–, sería plausible obviar por completo la inclusión de condiciones negativas y restringir así el concepto de causa a la suma de las condiciones positivas de un fenómeno:

«(...) en tanto una condición negativa (la ausencia de causas contraproducentes) queda comprendida y en todos los casos es suficiente con la suma de las condiciones positivas para formar la sucesión completa de circunstancias de la cual depende el fenómeno natural»⁴⁷.

Pero ¿es siempre suficiente la mención explícita de las condiciones positivas para la explicación de un fenómeno? Para esclarecer la forma en que operan las condiciones positivas entre sí, MILL recurre al *principio* de la «combinación de fuerzas», que rige en el ámbito de la mecánica. Según este principio, el efecto que surte la combinación de fuerzas, incluso contrapuestas, es el mismo que el que surgiría de la aplicación sucesiva de éstas. Por ejemplo, la aplicación de una fuerza que impulsa el movimiento de una bola hacia el norte al mismo tiempo de la aplicación de otra que la impulsa hacia el este, surte el efecto del movimiento de la bola en diagonal hacia el noreste, esto es, en ambas direcciones, impulsándola al mismo punto donde llegaría de aplicarse ambas fuerzas, pero de manera sucesiva⁴⁸. Lo interesante de este pasaje es que la combinación de causas o fuerzas se traduce en una combinación o «fusión» de los efectos en uno solo, que, en el ejemplo, es el movimiento de la bola en diagonal hacia el noreste, esto es, que se mueve en ambas direcciones. Esta compenetración de efectos, según MILL, también tiene lugar en casos de

⁴⁴ MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8ª ed., p. 408 (destacado en el libro).

⁴⁵ MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8ª ed., p. 411 (destacado en el libro).

⁴⁶ MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8ª ed., pp. 414 s.

⁴⁷ MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8ª ed., pp. 415 s.

⁴⁸ MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8ª ed., pp. 462 s.

interferencia, en los cuales las leyes causales entran en una suerte de conflicto. Plantea un ejemplo sugerente, entre varios:

«una corriente de agua fluye en el extremo de un contenedor y *tiende* crecientemente a llenarlo, mientras un forado en el otro extremo *tiende* a vaciarlo»⁴⁹.

En tales casos, no es que la fuerza contrapuesta *interrumpa* el efecto de la otra, o que algo así como la vigencia de una ley «derogue» la de la otra. En el ejemplo, por decirlo así, el estado de *medio lleno y de medio vacío* del contenedor es el efecto de ambas fuerzas o tendencias contrapuestas, que entonces siguieron cada una surtiendo efectos. Volviendo al ejemplo de un cuerpo cuyo movimiento se encuentra en relación directa con la fuerza y en relación inversa con su masa, MILL aclara:

«Para ajustar la expresión de la ley a los fenómenos reales, debemos decir, no que el objeto se mueve, sino que *tiene la tendencia* de moverse en la dirección señalada y a la velocidad mencionada (...) Mas el cuerpo no sólo se mueve de esa forma cuando no hay nada que se le oponga, sino que *tiende* a moverse de esta forma incluso cuando algo se le resiste; ejerce en la misma dirección todavía la misma fuerza del movimiento que en el caso de que su impulso no hubiere sido perturbado, y produce así exactamente una cantidad equivalente del movimiento»⁵⁰.

Por lo tanto, el efecto contraproducente no implica una excepción a la ley que gobierna a la otra fuerza, sino que cada ley causal rige en el 100% de cada caso⁵¹. Ahora bien, estas premisas tienen que ponerse a prueba en otro ámbito de fenómenos gobernado por lo que MILL llama la «variedad de las causas», y sobre todo en la época en que escribe. El ejemplo que plantea es el uso del mercurio, que antes había mencionado a propósito del caso de una persona que, habiendo ingerido tal sustancia, salía al exterior y se resfriaba, contexto en el cual MILL dice que la causa del resfrío es «la exposición al aire bajo la influencia del mercurio»⁵². Ahora lo menciona bajo la pregunta de si el mercurio es o no un remedio contra alguna enfermedad, es decir, si surte el efecto de la cura, de modo que, en rigor, tendría que hablar asimismo de una «variedad de los efectos». Respecto de la curación de una enfermedad, asume que se trata de un suceso al cual contribuyen, en cada caso, muchos factores como la edad, el género, el temperamento y otras peculiaridades de la constitución corporal. Aun cuando se parta de la premisa de que «el mercurio tiende a curar la enfermedad, así también tienden muchas otras causas, tanto naturales como artificiales, a la curación de la enfermedad (...)», por lo que:

«(...) sucede frecuentemente que, a pesar de que se ha proporcionado mercurio, el paciente no se ha curado por falta de otras influencias concurrentes, y frecuentemente se ha curado sin que se la haya proporcionado mercurio, en la medida en que las otras influencias *favorecedoras* han sido suficientemente efectivas sin este»⁵³.

Sin decirlo expresamente, en el pasaje se reconoce que, en este otro ámbito de fenómenos, sometido a la «variedad de las causas», y con el cual suelen lidiar otras disciplinas como la medicina, no se puede simplemente hacer abstracción de las condiciones negativas para explicar el resultado. En el ejemplo, el efecto de la curación de la enfermedad no puede explicarse simplemente por la suma de la presencia de mercurio en el cuerpo del paciente y la ausencia de

⁴⁹ MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8ª ed., pp. 464 s. (destacado en el presente texto).

⁵⁰ MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8ª ed., p. 558 (destacado en el libro).

⁵¹ MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8ª ed., pp. 559 s.

⁵² MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8ª ed., p. 409.

⁵³ MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8ª ed., p. 563 (destacado en el presente texto).

otros factores, ya que también puede producirse en ausencia de esta sustancia y presencia de otros factores. Es necesario explicitar las *propiedades* o *peculiaridades* de los otros factores, cuya presencia o ausencia es condición de la curación. Dicho de otra forma, condición del efecto de curación no es, además del mercurio, la ausencia de una «constitución corporal», sino la ausencia de una débil o de un mal estado de salud⁵⁴. Así se explica que, a la inversa, pueda producirse tal efecto incluso en ausencia de mercurio, pero en presencia no meramente de una constitución corporal, sino de una sólida o de un buen estado de salud previo. En cuanto a la relación lógica entre causa y efecto, MILL sí reconoce que, en este ámbito de fenómenos, el método deductivo llega a sus límites, y es preciso usar científicamente el método *experimental*. Aplicando este método, en el mejor de los casos puede descubrirse, después de varios intentos, que «(...) una cierta causa se ve *muy frecuentemente* acompañada de un cierto efecto». Por lo tanto, para la producción del efecto se requiere:

«(...) una causa mucho más poderosa de lo que son la mayoría de las causas incluso cuando la tendencia, que ella realmente ejerce, no se ve impedida por otras tendencias en casi tantos casos como en los supuestos en que se ve cumplida»⁵⁵.

El pasaje es algo enrevesado, pero se aclara un poco cuando MILL afirma que existen algunas de tal clase de causas –«(...) más poderosas que todas aquellas contraproducentes a las que se encuentran normalmente expuestas»– mencionando ejemplos, no obstante, tan poco afortunados como el del mercurio y que erizarían el pelo de cualquier médico actual –v.gr.: jugo de limón, aceite de hígado de bacalao. Respecto de esta clase de causas, reconoce que:

«(...) incluso ellas no son invariablemente exitosas, pero tienen éxito en tal gran cantidad de casos y ante tan grandes impedimentos que su *tendencia* a reestablecer la salud, frente a las enfermedades en las cuales ellas concurren, puede ser calificada como una verdad experimental»⁵⁶.

No obstante, si ya en el ámbito de la fisiología el método se topa con dificultades, este resulta aún más difícil de aplicar en otros ámbitos como la política y la historia, lo que lleva a MILL a reconsiderar el método deductivo. Pero, hasta allí, más que suficiente con MILL. Lo cierto es que con el paso de la aplicación del principio de combinación de fuerzas al reconocimiento de la «combinación de tendencias contrapuestas» se ha producido un giro epistemológico que luego será explotado por nuestro gran héroe.

4.2. Formulación del concepto de causalidad adecuada por obra de Johannes von Kries: filósofo de la indeterminación

VON KRIES formula la teoría de la causalidad adecuada en un contexto histórico marcado por el dilema entre, por un lado, lo que en esa época se llamaba un concepto *estricto* o *filosófico* de causalidad, à la MILL, y, por otro, una aproximación que ahora podría tildarse de *particularista* al problema de la causalidad⁵⁷. Según el primero, toda circunstancia que forma parte del plexo de condiciones positivas y negativas es causa del fenómeno, mientras que la segunda visión

⁵⁴ Punto marcado por LÜBBE, *Journal for General Philosophy of Science*, (24-1), 1993, p. 92.

⁵⁵ MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8ª ed., p. 567 (destacado en el libro)

⁵⁶ MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8ª ed., pp. 567 s. (destacado en el libro).

⁵⁷ La siguiente reconstrucción del pensamiento de VON KRIES obedece, en lo esencial, a los planteamientos de LÜBBE, *Journal for General Philosophy of Science*, (24-1), 1993, pp. 93 ss., HEIDELBERGER, en FEEST (ed.) *Historical Perspectives on Erklären and Verstehen*, 2010, p. 248 ss., y EL MISMO, «Origins of the logical theory of probability: von Kries, Wittgenstein, Waismann», *International Studies in the Philosophy of Science*, (15.2), 2001, pp. 38 ss.

pretende distinguir entre condición y causa, en términos tales de que sólo cuenta como tal una condición que se encuentra dotada de alguna propiedad, como su carácter *principal* o más *próximo* al fenómeno, por ejemplo. Pues bien, en pleno proceso histórico de unificación de los reinos de Alemania, la doctrina y, por cierto, la jurisprudencia de la época, en la disyuntiva entre los polos, optó por el concepto estricto en la versión acuñada por VON BURI, no porque le pareciera más iluminador sino porque partía de la base de que no era viable distinguir entre factores que contribuyen más al fenómeno respecto de otros que lo hacen menos. Es en este preciso momento histórico en el cual entra a tallar la teoría de la causalidad adecuada⁵⁸.

En esa época, además de sus incesantes investigaciones experimentales en diversos ámbitos de la fisiología, VON KRIES estaba interesado, en un plano netamente filosófico, por el cálculo de probabilidades. Ante la profunda insatisfacción que le generaba el principio en ese entonces reinante de la *falta de razón* para, por ejemplo, inclinarse por el rojo o el negro en el juego de ruleta, VON KRIES pretendía nada menos que indagar en la *ausencia de razones*, esto es, alcanzar un conocimiento *positivo* de lo insondable. Con este horizonte, distingue entre proposiciones *nomológicas*, por un lado, que son siempre generalmente válidas y se refieren a una *categoría* de cosas, y determinaciones *ontológicas*, por otro, que tienen siempre un «significado singular» y contienen lo puramente fáctico⁵⁹. Respecto de un acontecimiento individual, concede que tanto la posibilidad como la probabilidad es expresión de la falta de conocimiento. Pero, cuando se trata de un suceso general o de poner en relación una consecuencia con alguna clase de condiciones generales:

«que bajo ciertas circunstancias un acontecimiento puede ocurrir tanto como no suceder, que *ambos* son objetivamente posibles, es una afirmación que tiene un sentido plenamente sostenible y comprensible, si en ella la denominación de las circunstancias condicionantes es una general, indeterminada, que incluye una cantidad de comportamientos distintos o un *ámbito de juego* (...) La denominación de las circunstancias es una ‘general’ simplemente en virtud de que es parcial; incluye el conjunto de comportamientos en que podrían consistir las circunstancias que quedan indeterminadas»⁶⁰.

Bajo tales circunstancias, un suceso es *objetivamente posible* cuando pueden concurrir determinaciones de las circunstancias que, según las leyes válidas del acontecimiento, realizarían el resultado⁶¹. Es decir, cuando, a la luz de las relaciones nomológicas válidas, las variaciones ontológicas son aptas para producir el resultado. VON KRIES aclara que la *generalidad* de algunas condiciones radica en que, respecto de una suma mayor o menor de configuraciones individuales, se deja una indeterminación, un ámbito de juego, de modo que tal denominación general abarca también un cierto ámbito de juego de comportamientos distintos. A su vez, los ámbitos de juego pueden dividirse, por una parte, en las configuraciones que realizarían el

⁵⁸ En la dirección marcada por PUPPE, *Strafrechtsdogmatische Analysen*, 2006, pp. 171 s. («Die adäquate Kausalität und der Schutzzweck der Sorgfaltsnorm»), aquí se trata de un nuevo intento de pensar lo que podría llamarse el substrato *empírico* de la teoría de la imputación objetiva.

⁵⁹ VON KRIES, *Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung. Eine logische Untersuchung*, 1886, pp. 85 s.

⁶⁰ VON KRIES, *Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, 1886, p. 87 (destacado en el presente texto).

⁶¹ Cfr. VON KRIES, *Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, 1886, p. 88; EL MISMO, «Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben», *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie*, (12-4), 1888, p. 180.

resultado, y, por la otra, en aquellas que lo excluirían⁶². El siguiente esquema muestra gráficamente el *principio de los ámbitos de juego*, formulado por VON KRIES en 1886⁶³:

Ámbitos de juego									Excluido
Necesario	++++posible -posible	+++posible --posible	++posible ---posible	+posible ----posible	-posible ++++posible	--posible +++posible	---posible ++posible	----posible +posible	

Las posibilidades objetivas coinciden con las probabilidades en la medida en que los ámbitos de juego sean *originarios, indiferentes y comparables*⁶⁴. Por ejemplo, en el juego de dados, la posibilidad de que salga 1, 2, 3, 4, 5 o 6 es igual al valor numérico de 1/6. En este sentido, un juicio de probabilidad es generalmente válido en tanto no deriva de una falta de conocimientos ontológicos, sino que más bien se funda solamente en un conocimiento impreciso de las relaciones individuales del caso concreto:

«La probabilidad generalmente válida se caracteriza entonces por la circunstancia de que no conocemos con precisión el comportamiento de las condiciones en el caso concreto, las que más bien sólo podemos denominar con una indicación general; que, por otro lado, empero, sabemos con certeza en qué relación de dimensión se encuentran, al interior de ese rango, los ámbitos de juego de las configuraciones que traen consigo la realización de uno u otro resultado»⁶⁵.

Bajo estos presupuestos intelectuales se determina, de un modo sencillo e inmediato, la probabilidad con la cual esperamos un resultado mediante la relación de dimensión de los ámbitos de juego que lo producen y que no lo producen: «Un resultado es tanto más probable cuanto mayor es el *ámbito de juego* que lo produce»⁶⁶. La mayor probabilidad de que ocurra un resultado se puede explicar también con el término técnico de *favorecimiento*, esto es, en el caso de que dos comportamientos abarcan iguales ámbitos de juego, pero las probabilidades son desiguales, porque estos ámbitos no son originales: «de dos comportamientos que abarcan iguales ámbitos de juego actuales se denomina favorecido aquel que se corresponde con el mayor ámbito de juego original»⁶⁷. Por ejemplo, si en el juego de dados, la cara del 6 se encuentra «cargada». Por otro lado, VON KRIES define el concepto de *azar* o de *casualidad* en los siguientes términos:

⁶² VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, p. 183.

⁶³ En el único libro escrito y publicado por WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, 2002, pueden encontrarse rastros de dicho principio: «5.1. Las funciones veritativas pueden ordenarse en series. Este es el fundamento de la teoría de la probabilidad»; (5.101) entre los extremos de la *tautología* (VVVV: Si p, entonces p; y si q, entonces q) y de la *contradicción* (FFFF: p y no p; y q y no q), se incluyen 14 combinaciones posibles de proposiciones elementales, entre otras, justo después de la tautología, (FVVV) (no ambas p y q) y, justo antes de la contradicción, (VFFF) (q y p); antes en «4.462. Tautología y contradicción no son figuras de la realidad. No representan ningún posible estado de cosas. Porque aquélla permite *cualquier* posible estado de cosas, ésta *ninguno* (...)» y en «4.464. La verdad de la tautología es cierta; la de la proposición, posible; la de la contradicción, imposible (Cierto, posible, imposible: He ahí los distintivos de la graduación que necesitamos en la teoría de la probabilidad)».

⁶⁴ VON KRIES, *Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, 1886, pp. 89 ss.; crítico KEYNES, *A Treatise on probability*, 1921, pp. 96 ss.

⁶⁵ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, p. 189.

⁶⁶ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, p. 189. (destacado en el presente texto).

⁶⁷ VON KRIES, *Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, 1886, pp. 91 s.

«Llamamos absolutamente o en sí mismo casuales aquellos sucesos para los cuales, si bien en general pueden concurrir ciertas posibilidades, la circunstancia de que ocurran o de que no tengan lugar, empero, depende de las peculiaridades del comportamiento en cada caso, que exceden por completo nuestro conocimiento»⁶⁸.

Por diversos motivos que exigen una inquisición de largo aliento, VON KRIES quiso poner a prueba este arsenal conceptual mediante su aplicación al problema de la causalidad en el Derecho, tanto civil como penal. El punto de partida radica en la causalidad comprendida como plexo de condiciones unido de tal manera al resultado que, en ausencia de una parte *real* de ese conjunto, este no habría sucedido, «comportándose todo lo demás de igual modo». Sin embargo, advierte VON KRIES que en la mayoría de los casos la causalidad no puede interpretarse de ese modo tan sencillo. Por ejemplo, si se pregunta por la «causalidad de la imprudencia» en relación con cierto suceso, entonces no se trata simplemente de un «objeto real», que pudiera simplemente suprimirse hipotéticamente, sino de un *comportamiento* determinado que se opone a otro determinado, como sería la «normal reflexión y atención» que podría haberse brindado⁶⁹. Sin embargo, aun cuando se consideren ciertas propiedades del momento causal de la conducta, el concepto reseñado exige una ampliación de su alcance. En este pasaje VON KRIES plantea el ejemplo del cochero ebrio, o que se queda dormido, y que por consiguiente se extravía en el camino, cayendo un rayo sobre la diligencia donde iba un pasajero, caso en el cual la ebriedad o el estado de somnolencia causa el resultado, puesto que no hay duda de que si el cochero por el contrario hubiese obrado en regla, el carruaje habría recalado en otro lugar y el pasajero habría quedado incólume. No obstante, en la variante del caso en que el cochero vuelca la diligencia y el pasajero sufre así lesiones o la muerte, existe una relación no meramente individual, sino que una conexión causal generalizada entre el estado de somnolencia y el accidente, de modo que, si bien no puede afirmarse que la imprudencia produce *necesariamente* el accidente, sí es *generalmente* apta, *tiende* a hacerlo, en el sentido de que *incrementa* su posibilidad o probabilidad. VON KRIES recurre al concepto de *posibilidad objetiva* para recalcar que se trata siempre de una «observación general (abstracta) de la relación causal de un momento determinado con una consecuencia»⁷⁰. El fisiólogo advierte que una teoría que reduce este vínculo a la «regularidad sin excepción de la sucesión» se vuelve infructífera, pues el resultado no se encuentra en tal clase de relación con el momento causal determinado. En cambio, sí se puede decir que un momento causal determinado incrementa, *i.e.* que su concurrencia produce el resultado mediante una «mayor variedad de circunstancias», o, para usar el término técnico del cálculo de probabilidades, es una circunstancia *favorecedora* de tal consecuencia:

«para tener expresiones breves de la *diferencia* señalada, quisiera hablar, por un lado, de causaciones adecuadas y, por otro, de causaciones azarosas. Allí donde el momento causal A causa (condiciona) el resultado B, ha de llamarse A la causa adecuada de B y B la consecuencia adecuada de A, si A ha de considerarse generalmente una circunstancia favorecedora de B; en caso contrario ha de hablarse de causación azarosa y de efectos azarosos»⁷¹.

⁶⁸ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, p. 187; similar EL MISMO, *Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, 1886, p. 99: «De lo anterior se sigue que la realización de un suceso puede calificarse de casual cuando es de las determinaciones ontológicas de las circunstancias condicionantes, que exceden nuestro conocimiento preciso, de las cuales depende su ocurrencia o su exclusión».

⁶⁹ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 198 s.

⁷⁰ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 200 s.

⁷¹ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, p. 202 (destacado en el presente texto); aparentemente, VON KRIES extrajo la nomenclatura de SPINOZA, *Ethics*, 1875, pars tertia, de origine et natura affectuum, definitiones: «I. Causam adaequatam appello eam, cuius effectus potest clare et distincte per eandem percipi. Inadaequatam autem seu partialem illam voco, cuius effectus per ipsam solam intelligi nequit».

VON KRIES recuerda que se trata de una observación abstracta, de modo que el momento causal designa un comportamiento que se agrega como *modificación* a una «gran variedad de circunstancias, a una clase completa de casos», y otro tanto vale respecto del resultado, que, por ende, no se entiende en su «configuración concreta»⁷². Sin embargo, no solo la conducta, por un lado, y el resultado, por otro, han de generalizarse, sino también la conexión causal entre ambos. Para poner a prueba este método, el fisiólogo de origen polaco nos regala una serie de largas consideraciones en torno al «problema de la responsabilidad criminal», que, en esa época, supone, además de la causalidad, «una acción en sí misma antijurídica (culpable)», sin que estos elementos puedan confundirse entre sí⁷³. Respecto de la *causalidad*, los problemas se presentan cuando entre el momento de la conducta y el momento del resultado concurre una serie de circunstancias que vuelve la pregunta muy indeterminada como para llegar a una respuesta cierta, por ejemplo, en el caso de un niño débil y enfermo que es tratado duramente por sus padres o cuidadora en términos tales de que también podría haber fallecido en el supuesto de una mucho mejor atención brindada por ellos y sólo podría haber conservado la vida en virtud de un eximio cuidado, o en los casos de la «causalidad de la imprudencia» (por ejemplo, una prescripción médica incorrecta). Entre los polos de los casos en que el resultado ocurre por necesidad o queda desde un comienzo excluido, los conceptos de causalidad no pueden determinar sin más que es lo que habría ocurrido al modificar las condiciones, sino que describen más bien modos de la relación que se distinguen sólo gradualmente y que pueden cruzarse entre sí⁷⁴. Es lo que ocurre también con el paso de la causalidad adecuada a la azarosa:

«Pues, tal como la posibilidad en sí misma, obviamente también la *diferencia* entre ambas posibilidades (un favorecimiento general) puede tener cualquier valor. Un momento causal entonces puede ser generalmente apto en mayor o menor medida para producir un resultado; entre un momento causal y ciertos resultados puede tener lugar un alto o bajo grado de la conexión causal general; también este grado podría, donde las dimensiones de posibilidad pueden expresarse en números, evidenciar cualquier valor entre cero y uno»⁷⁵.

En consecuencia, uno bien podría reducir el concepto de causalidad azarosa al supuesto en que el momento causal deja la posibilidad general del resultado matemáticamente igual, tal como ocurre en el ámbito de los juegos de azar. Sin embargo, el uso común del lenguaje extiende el concepto también allí donde el momento causal favorece generalmente el resultado sólo en una mínima medida:

«Llamamos la causalidad siempre azarosa cuando se puede afirmar que ya bajo la generalización según el baremo de nuestra capacidad de conocimiento el momento respectivo no favorece generalmente el resultado, que, con otras palabras, en casos en que la circunstancia en cuestión se iguala respecto de las circunstancias condicionantes hasta volverse completamente indistinguible, el resultado se realiza mediante el momento respectivo de modo extremadamente escaso o sucede casi con la misma frecuencia en que se ve impedido»⁷⁶.

Aquí VON KRIES formula el principio que denomina de *generalización*, porque se traduce en un método para calibrar la relevancia de las relaciones ontológicas y determinar cuán lejos se llega en la consideración de las circunstancias puramente individuales del caso para la generalización

⁷² VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 202 s., 213.

⁷³ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 208 ss., tras descartar el concepto de «causa principal»; pp. 222 ss.

⁷⁴ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 212 ss.

⁷⁵ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, p. 215 (destacado en el presente texto).

⁷⁶ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, p. 217.

del vínculo causal; de esta manera, una generalización *limitada* se hace bajo una abstracción amplia de las circunstancias individuales, mientras que, al revés, una generalización *amplia* implica una mayor consideración de esta clase de circunstancias y, por ende, una abstracción limitada de ellas. El principio es de poco interés en el extremo de lo que VON KRIES luego denomina «peligro absoluto» y en el otro del que antes había llamado «azar absoluto», pues en tales casos las circunstancias individuales suelen ser irrelevantes. Un ejemplo del primero es el caso de la colocación de un explosivo en una «máquina infernal», donde el grado de posibilidad es tan elevado que se vuelve prescindible tematizar la indeterminación que suponen las circunstancias puramente individuales. Lo mismo sucede en el otro polo del «azar absoluto», como en el caso del rayo que cae sobre la cochera, pues el grado de posibilidad se ve exponencialmente incrementado por las circunstancias puramente individuales, que explican el resultado casi necesariamente. Entremedio de los polos más o menos obvios, la cuestión espinuda se plantea en la *transición* del «peligro relativo» que implica la causalidad adecuada al «azar relativo» que supone la causalidad azarosa, aunque el filósofo no use dicha nomenclatura. Aquí el punto se vuelve álgido en tanto la misma circunstancia o propiedad puede subsumirse bajo una u otra categoría, es decir, puede tildarse tanto de un ejemplo de causalidad adecuada como de un caso concreto de causalidad azarosa⁷⁷.

En este ámbito de *indeterminación*, la verificación de la causalidad concreta se torna inconducente, pues opera sólo en términos binarios. Es aquí donde adquiere pleno sentido ventilar la *diferencia* que implica el momento causal del comportamiento para un resultado determinado. VON KRIES propone preguntarse por la medida en que la modificación que implica el comportamiento incrementa las posibilidades generales de producción del resultado, siempre en comparación con las posibilidades de que no suceda, de tal forma que el vínculo causal entre dicho momento y el momento del resultado pueda generalizarse, es decir, pueda explicarse bajo una ley general. En algunos casos, ya el comportamiento modifica de tal forma las posibilidades de realización del resultado que, aun cuando se haga abstracción amplia de las circunstancias concomitantes, se evidencia generalmente como una circunstancia favorecedora de éste. De este modo, la causalidad es tanto más adecuada cuanto mayor sea la extensión bajo la cual la circunstancia en cuestión implica un *favorecimiento* del resultado⁷⁸. Por ende, la subsunción del momento causal bajo la categoría de la causalidad adecuada depende de la medida en que el vínculo con el resultado puede generalizarse en comparación con la alternativa de su subsunción bajo la categoría de la causalidad azarosa. La causalidad adecuada es *relativa* a la causalidad azarosa. Se trata de un *continuum* donde no es posible fijar una frontera entre una y otra, por la indeterminación ínsita a los hechos. No obstante, existen ámbitos donde la subsunción del momento causal bajo una u otra categoría trae aparejado consecuencias prácticas, como sucede justamente en el marco de la responsabilidad criminal⁷⁹.

En estos casos, es preciso zanjar la cuestión sea ampliando la medida de la generalización, sea dejando la condición en el ámbito de la indeterminación. Los casos mencionados aquí son, entre otros, el de la omisión de la madre severa ante el niño enfermo y de constitución corporal débil o de una lesión leve que activa un proceso séptico conducente incluso hasta la muerte. Aquí tampoco sirve de mucho calibrar las circunstancias y propiedades del caso en virtud del efecto concreto que producen. Más bien es preciso determinar si el conjunto de propiedades que evidencia el momento causal se encuentra en una conexión general con el resultado. Sin

⁷⁷ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 218 ss., 234 ss.

⁷⁸ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888 p. 219.

⁷⁹ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 222 ss.

pretender resolver el punto, VON KRIES advierte que este criterio subyace al Derecho penal vigente, pues este tiene a la vista tipos de casos que importan generalmente cierta posibilidad de que el resultado suceda, esto es, que lo causan adecuadamente, y no casos en que este ocurre de modo casual. Así, por ejemplo, la muerte es considerada una circunstancia que agrava cierta clase de delitos, como las lesiones corporales, el abandono o el envenenamiento, pero no aparece como tal respecto del hurto, la estafa o la extorsión, que bien pueden ocasionarla por azar:

«En efecto, sería particularmente injusto si hubiera que imputar la muerte al causante de una lesión corporal leve en caso de que el lesionado sufriera un infortunio de camino al médico, y no en cambio al ladrón cuando la víctima pierde la vida de camino a la fiscalía»⁸⁰.

En este pasaje, que después suscitaría la discusión de los juristas, la clave está en identificar la razón por la cual VON KRIES tilda de «injusta» la imputación del resultado en estos casos. Pues bien, esta no radica en que el accidente interrumpa el nexo causal, pues ya había aclarado, a propósito del caso del rayo, que la causalidad se encuentra determinada con antelación, y lo que sucede más bien es que este vuelve imposible los efectos de la lesión corporal; la causalidad no se interrumpe y tampoco es que el rayo inicie un nuevo curso causal⁸¹. Tampoco la razón surge de la distancia temporal entre el momento de la lesión corporal y el instante en que sucede la muerte, pues ahora asienta que el grado de posibilidad no tiene nada que ver con el momento temporal en que eventualmente sucede el resultado⁸². La injusticia consiste en que se otorgaría el mismo tratamiento a los casos en que el grado de posibilidad general es elevado y a los casos en que este es bajísimo, esto es, se generalizaría en igual medida el vínculo causal en ambos grupos de casos⁸³.

A renglón seguido VON KRIES ofrece una serie de consideraciones en torno al «tipo psicológico», en una época en que la antigua distinción entre *imputatio facti* e *imputatio iuris* se encontraba aún en proceso de reformulación en los términos más modernos de la causalidad, por un lado, y de la «antijuridicidad culpable», por otro. Son estos pasajes los que luego dejarían algo perplejos a los juristas de comienzo del siglo XX, como RADBRUCH y TRAEGER, entre otros. Pero, la perplejidad que se genera en el plano abstracto de las categorías, se disuelve en buena medida si se repara en los casos concretos que VON KRIES ventila en estos pasajes de su auténtica monografía sobre el concepto de «posibilidad objetiva». Todos tienen en común la existencia de una suerte de discrepancia entre la faz objetiva y lo que el agente se representa acerca del modo en que el curso causal desemboca en la muerte de la víctima, discrepancia que no suele concurrir en los casos en que las circunstancias concomitantes están a la vista del agente. Los casos son, por ejemplo, del agente que incendia un lugar deshabitado bajo la firme creencia de que allí no hay ningún morador, o el del enfermero que reitera erradamente una prescripción médica al paciente, a quien después se le proporciona un veneno⁸⁴. De hecho, el propio VON KRIES asume que en estos casos, en la faz objetiva, la causalidad es adecuada, pero el sujeto no capta el

⁸⁰ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 226 s.

⁸¹ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 210 s.

⁸² VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, p. 227 nota 1.

⁸³ Así, ya antes VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12.4), 1888, pp. 224 s., en una variante del caso en que la víctima se rompe el cuello de camino al médico, o incluso que llega a la casa de éste, pero allí se infecta de una enfermedad mortal, se entiende, y después, EL MISMO, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 233 s., con el ejemplo de la omisión imprudente de dejar abierta la puerta principal de la casa, por donde entran ladrones y causan daños a la propiedad o incluso la muerte de los moradores.

⁸⁴ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 228 ss.

«carácter dañoso general» del curso causal⁸⁵. Por último, explora como solución la alternativa de que sea el propio legislador quien fije la medida de la generalización del vínculo causal en estos casos límite, solución que termina por desaconsejar, recomendando, en definitiva, que el baremo sea fijado mediante precedentes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Reino alemán⁸⁶.

En una posición similar a la del tribunal, llamado a decidir la subsunción del caso bajo una u otra categoría, se encuentra el historiador que debe pronunciarse acerca de la imputación de los sucesos históricos a sus «héroes» como, por ejemplo, las segundas guerras púnicas a la decisión de Aníbal o, en la historia más reciente, de la guerra de 1866 a la resolución de Bismarck. Un par de décadas después de los escritos de VON KRIES, nada menos que WEBER recurriría al concepto de «posibilidad objetiva» con el objeto de subrayar la necesidad del análisis causal de los sucesos históricos antes de proceder a su «comprensión teleológica», por ejemplo, de las consecuencias que para la humanidad toda tuvo la batalla de Maratón. Según WEBER, la explicación causal de los sucesos históricos exige dar los pasos consecutivos de la *aislación* de la conducta del agente respecto de la masa de las circunstancias circundantes, proceder luego a lo que llama, interpretando a VON KRIES, una *abstracción generalizadora* de estas condiciones y, finalmente, imputar la *síntesis* de la conexión causal⁸⁷. WEBER también recurre al concepto de *favorecimiento* del resultado y reconoce asimismo que, fuera del ámbito de los juegos de azar, no puede fijarse matemáticamente el grado de posibilidad, pero sí «(...) podemos estimar el “grado” relativo del favorecimiento general mediante la comparación con el modo en que otras condiciones modificadas de modo pensado lo “habrían favorecido” (...)». Concluye:

«aquellos casos de la relación de un determinado plexo de condiciones, aisladas y resumidas en una *unidad* bajo la observación histórica, con un “resultado” ocurrido, que se corresponden con el recién mencionado constructo lógico, queremos denominarla, siguiendo el lenguaje usual asentado entre los científicos jurídicos de la causalidad desde los escritos de Kries, causación “adecuada” (aquellos segmentos del resultado mediante aquellas condiciones) y (...) hablar de causación ‘azarosa’ allí donde tuvieron lugar hechos, históricamente relevantes para los segmentos del resultado, que produjeron una consecuencia que a su turno no fue “adecuada” en este sentido a un plexo de condiciones pensado en una *unidad* resumida»⁸⁸.

Así, el principio de generalización, en definitiva, ofrece un método para lidiar con la indeterminación consustancial a los hechos. El esquema sería el siguiente:

⁸⁵ Incluso VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, p. 231 nota 1, menciona aquí el caso invertido del agente que proporciona azúcar en la creencia de que se trata de arsénico.

⁸⁶ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 234 ss.

⁸⁷ WEBER, «Kritische Studien auf dem Gebiet der kulturwissenschaftlichen Logik. 1906», en WINCKELMANN (ed.) *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 7ª ed., 1988, pp. 266 ss., p. 284: «El juicio objetivo de “posibilidad” por definición admite niveles de graduación, y, recurriendo a los principios que se aplican en el análisis lógico del “cálculo de probabilidades”, uno puede concebir de tal forma la relación lógica que los componentes causales, cuyo “posible” resultado es objeto del juicio, se piensan de manera aislada respecto del conjunto de todas las otras condiciones reconocibles que interactúan con ellos y así preguntarse cómo se relaciona el conjunto de todas las condiciones que con la adición de aquellos componentes pensados de modo aislado eran “aptas” para producir el resultado “posible” con el conjunto de todas las condiciones que con la adición de aquéllos “previsiblemente” no lo habrían producido».

⁸⁸ WEBER, en WINCKELMANN (ed.) *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 7ª ed., 1988, p. 285 s. (destacado en el presente texto).

Peligro absoluto	Causalidad adecuada / causalidad azarosa	Posibilidad mínima o casi nula.
	Generalización limitada / generalización amplia:	
	Circunstancias anteriores – <i>circunstancias y propiedades</i> – circunstancias posteriores	
	Abstracción amplia / abstracción limitada de las circunstancias y configuraciones <i>individuales</i>	
Azar absoluto		

Volviendo al problema de la responsabilidad criminal, VON KRIES pone a prueba el concepto de posibilidad objetiva y el principio de generalización en ámbitos donde el «concepto estricto» de causalidad *à la* MILL se vuelve inconducente: en el ámbito de la tentativa y respecto de los delitos de peligro. Y esto porque, en ambos casos, en ausencia de resultado, no hay causalidad concreta que pueda verificarse, pero sí es viable observar el comportamiento del agente bajo una perspectiva abstracta. Antes de tematizar estos tópicos, VON KRIES distingue, usando los conceptos previamente desarrollados, entre peligro absoluto y peligrosidad.

Se habla de peligro *absoluto* o *típico*, o peligro en sentido estricto, cuando el hecho concreto es un ejemplo de un plexo de condiciones designado de modo general, cuya configuración implica, bajo las leyes del acontecimiento, una posibilidad alta de realización del daño. En esta clase de peligro, la generalización ya de las circunstancias y propiedades del comportamiento implica posibilidades tan elevadas del suceso que se hace amplia abstracción de las circunstancias particulares irreconocibles cuya concurrencia tiende a disminuir a cero la posibilidad de que ocurra. El prototipo es el ejemplo ya mencionado del uso de un material explosivo o la activación de una «máquina infernal», en que se suele prescindir por completo de las configuraciones particulares que, en el caso concreto, podrían implicar que el resultado no suceda, por ejemplo, por una falla en el mecanismo de activación. Es importante notar que el calificativo de «absoluto» no significa que el resultado ha de ocurrir *necesariamente*; siempre se trata de ámbitos de juego, esto es, de un conjunto de posibilidades generales tanto de que ocurra como de que no suceda. Sólo que la diferencia es tan alta o la configuración de las relaciones ontológicas es tal que, bajo un juicio de validez general –nomológico–, las posibilidades generales de que suceda el resultado se mantienen constantes, tal como ocurre con el rojo y el negro en la ruleta. Sin que pueda fijarse un umbral preciso, la *peligrosidad*, o peligro en sentido amplio, supone un hecho concreto que como tal no se subsume bajo los casos que se encuentran en relaciones generales de causalidad con el suceso, sino que para ello es preciso incluir otras circunstancias particulares o concomitantes, es decir, es menester una generalización más amplia de las circunstancias del caso y, por ende, una abstracción más restringida de las particularidades de este. El ejemplo que aquí ofrece VON KRIES es el de las chispas que caen sobre el techo de paja luego de la lluvia. Pero también ejemplos un poco más estrambóticos como el del corte de una arteria, que sería peligroso en un lugar de la tierra donde la ayuda médica es una excepción o que no lo sería en un país civilizado donde esta es la regla, o de la lesión en el pulmón reconocida *ex post*⁸⁹.

Respecto de la tentativa, VON KRIES parte de la base asentada en la literatura y jurisprudencia de la época acerca de la faz subjetiva del hecho, también llamada «tipo psicológico» o «culpabilidad», en el sentido de que el castigo exige al menos la concurrencia de tal elemento, incluso la intención de producir el resultado, y de la conducta desplegada por el agente. La discusión se planteaba en torno a la punibilidad de la tentativa inidónea, que, advierte

⁸⁹ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 290 ss.

rápida­mente VON KRIES, supone un componente de error, pudiéndose distinguir el caso del sujeto que, a pesar de la intención, se representa la concurrencia de una circunstancia inidónea para realizar el resultado, esto es, que se equivoca acerca de los efectos generales de ciertos sucesos y, por ende, incurre en un error de contenido *nomológico* –v.gr.: tratar de matar a otro usando medios «simpatéticos o simpatéticos»–, del caso en que este sólo yerra acerca de las circunstancias externas a la acción, como en el ejemplo del sujeto que, resuelto a colocar arsénico en el bebestible de la víctima, toma por error azúcar –un error de contenido sólo *ontológico*. A fin de juzgar la punibilidad de uno u otro caso, por cierto, aquí se vuelve relevante la pregunta por el momento temporal del comportamiento, ya que, en el primer caso, la tentativa sería inidónea desde el comienzo; en cambio, en el segundo, esta sería idónea hasta el momento en que el agente incurre en el error de tomar azúcar en lugar de arsénico. En los dos casos la intención del agente es la misma y, en ambos, en definitiva, la tentativa se torna no peligrosa. VON KRIES menciona el criterio formulado en su época por FEUERBACH en orden a considerar la tentativa punible en la medida en que esta sea «objetivamente peligrosa», que lo sería en el caso en que se usan *medios* inidóneos, pero no en el caso en que el *objeto* es inidóneo, como, por ejemplo, si se intenta matar a un hombre ya muerto. Como esta distinción sólo puede trazarse en concreto, de alguna manera, VON KRIES propone reformularla en términos abstractos⁹⁰.

Con este horizonte, recurre tanto al principio de generalización como a la distinción previamente trazada entre peligro absoluto y peligrosidad. En un extremo estarían los casos de la tentativa absolutamente peligrosa, que lo sería en la medida en que ya la generalización del comportamiento del agente arroja una posibilidad general altísima de realización del suceso, cuya ausencia, no obstante, sólo se explica por la concurrencia de circunstancias o configuraciones particulares irreconocibles del caso concreto y de las cuales se suele hacer abstracción amplia. En el otro polo se ubicarían los supuestos de la tentativa «generalmente inidónea», que lo sería porque el comportamiento del agente es un ejemplo de casos que, por el contrario, arrojan una imposibilidad general o posibilidad mínima, lindando con nula, de realización del daño, cuya eventual ocurrencia, en el caso concreto, sólo se explica por circunstancias o configuraciones particulares de las cuales solemos hacer abstracción. VON KRIES menciona, en una nota al pie, los ejemplos del uso de azúcar para dañar a otro, y la víctima es un diabético, e incluso de los medios «simpatéticos», y la víctima es una persona extremadamente asustadiza. Los ejemplos dejan en evidencia que la imposibilidad general supone siempre algún grado de posibilidad aún mínima de que suceda el resultado, aunque sea equivalente a 0,0000...1%, esto es, que este no resulta necesariamente *excluido*. La indeterminación de los hechos irrumpe entre los polos, esto es, en todo el abanico de casos en que el comportamiento del agente es más o menos peligroso según la medida en que, a su vez, se generalicen las circunstancias del caso concreto, como en el ejemplo de las chispas que caen sobre el techo de paja más o menos húmedo. En cuanto al juicio valorativo de estos casos, que escapa al análisis lógico, VON KRIES se inclina por desaconsejar una solución binaria de castigo sólo de la tentativa absolutamente peligrosa y declarar impune la inidónea. Pero, como la indeterminación de los casos que se encuentran a medio camino entre los polos impide fijar una frontera entre tentativa peligrosa y tentativa no peligrosa, tampoco resultaría aconsejable que el legislador zanjase la cuestión con el castigo sólo de la primera. En este escenario, lo más correcto sería que el legislador otorgase un rango dentro del cual el tribunal pudiese moverse con discrecionalidad, a partir de una pena mínima para los casos de la tentativa generalmente inidónea y de ahí hacia arriba con la facultad de fijar la pena según la medida de la peligrosidad del caso concreto⁹¹.

⁹⁰ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 296 ss.

⁹¹ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 299 ss., 309.

Finalmente, con la ayuda previa del legislador decimonónico, VON KRIES se refiere al criterio de clasificación de los delitos de peligro. El caso más sencillo es el de los delitos de peligro común previstos en el título respectivo del Código Penal; pues, por un lado, se incluyen supuestos en que la realización o no del daño generalmente posible depende de la conjunción de una serie de factores evidentes para el hombre común, como el transporte ferroviario o el envenenamiento de aguas, y, por otro, casos en que los efectos de ciertas fuerzas de la naturaleza pueden alcanzar las más diversas extensiones por mínimas diferencias, apenas perceptibles, de las circunstancias condicionantes, como ocurre con el incendio o la inundación. Estos preceptos tienen en común la nota de que captan supuestos de peligro *absoluto* o *típico*, en el mismo sentido antes dicho. No obstante, VON KRIES vuelve a advertir que entre el peligro en sentido estricto y el peligro en sentido amplio, o la *peligrosidad*, también existen transiciones, tal como las que surgen entre causalidad adecuada y causalidad azarosa. O, dicho de otra manera, no puede fijarse una frontera precisa entre ambas clases de peligro. De ahí que proponga prestar atención, más que al daño mismo que también puede derivar de la peligrosidad, a la forma y modo del peligro tipificado por el legislador, sin perjuicio de considerar además la faz subjetiva correspondiente. En este sentido, sugiere como criterio de clasificación recurrir a la noción de peligro típico, que aquí también llama de «peligrosidad absoluta», para distinguir los delitos de «peligro común» recién mencionados de los «delitos de policía», que entonces captarían supuestos de peligrosidad *tout court*. La ampliación de los preceptos legales a estos casos implica que así resultan captados comportamientos cuya realización eleva la posibilidad general del daño mas sólo sobre la base de circunstancias particulares que, a su turno, si bien son reconocibles y detectables, no suelen generalizarse según el principio de «abstracción generalizadora», esto es, de las cuales se suele hacer abstracción. Mas el sentido práctico de esta clase de delitos de peligro radica en que es el propio legislador quien fija la medida de la generalización de las circunstancias particulares, con lo cual ahorra al tribunal el ejercicio de esta tarea en el caso concreto y los consabidos problemas de prueba que plantea. Los ejemplos van desde el abandono de personas, pasando por las infracciones contra la paz pública y el uso de objetos peligrosos, hasta llegar al ofrecimiento de regalos a un funcionario público⁹². Remata VON KRIES aclarando que este concepto de peligro no puede entenderse reducido a la mera expectativa o temor de que ocurra el daño y que tampoco se corresponde con el presupuesto de carácter eminentemente individual de la regla de estado de necesidad⁹³.

5. El paulatino proceso de reformulación conceptual de la causalidad adecuada en los términos de la «imputación objetiva»

5.1. Recepción de la así llamada teoría de la causalidad adecuada en el umbral del siglo XX: demasiada indeterminación para la mente de juristas

La así llamada teoría de la causalidad adecuada no fue más que un producto ulterior del ímpetu de VON KRIES por poner a prueba los conceptos de *posibilidad objetiva* y de *favorecimiento* en el fértil campo del Derecho. Según sus propias declaraciones, no pretendía desarrollar ninguna teoría sino sólo poner a disposición de la doctrina y jurisprudencia un conjunto de categorías cuya aplicación permitiera un análisis lógico de los hechos en un ámbito pletórico de indeterminación como son los casos ventilados por la ciencia del derecho. Esta búsqueda quizás explique que al año siguiente VON KRIES haya publicado un resumen de su largo y complejo trabajo

⁹² VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 309 ss.

⁹³ VON KRIES, *Vierteljahrsschrift*, (12-4), 1888, pp. 322 s.

en la revista de ciencias penales que había sido fundada poco más de una década antes por el propio FRANZ VON LISZT⁹⁴. El hecho es que, hasta donde se alcanza⁹⁵, VON KRIES nunca más volvió a reflexionar en un ámbito de problemas tan mundano como el jurídico ni tampoco a tematizar en profundidad dichos conceptos en su extenso libro de Lógica (1916), sino que se dedicó de lleno a sus experimentos científicos en el campo de la fisiología, amén de algunas publicaciones netamente filosóficas⁹⁶. No obstante, el concepto de «causalidad adecuada» ya había sido acuñado; y fue recogido por algunos juristas de fines de siglo, aun cuando no haya sido usado jamás por la jurisprudencia en asuntos penales pero sí, en abierto contraste con la intención del autor, en la vertida en casos civiles⁹⁷.

A la luz del concepto estricto de causalidad formulado por MILL y, desde luego, de la versión acuñada por VON BURI, el arsenal conceptual desarrollado por VON KRIES implicaba, por un lado, un cierto enriquecimiento del concepto de causalidad, en el sentido de favorecer una aproximación de «gránulo más fino»; pero por otro, resultaba aplicable en un ámbito de problemas donde no había ni «causalidad concreta» ni resultado, como es el caso de la tentativa y de los delitos de peligro. Mas en un contexto dominado por la «teoría de la equivalencia de las condiciones» resulta plenamente comprensible que los juristas de la época lo hayan invocado para los efectos de dosificar el alcance de la responsabilidad jurídica en casos límite, tanto penales como civiles. En el umbral del siglo XX, entremedio de una serie de recepciones más bien abstrusas, destacan tres notables juristas de la época: Max RÜMELIN, Gustav RADBRUCH y Ludwig TRAEGER.

En un breve escrito sobre el «azar en el derecho», RÜMELIN advierte que el concepto de azar no sólo funge como categoría contrapuesta a la culpabilidad, sino que también sirve de límite en supuestos de «responsabilidad más estricta» que la culpa y en casos en que se ocasiona un daño mayor al previsto. Es decir, y como era de esperar, RÜMELIN asume que uno no puede quedarse atascado en el «reino de las posibilidades» y que, en cambio, es menester preguntarse por la «necesidad *práctica* de la *previsión* de un acontecimiento futuro», planteando, en consecuencia, de inmediato la cuestión de la *perspectiva* desde la cual se juzga si, en el caso concreto, hay responsabilidad o puro azar⁹⁸. Con razón dice que el azar es un concepto relacional en el sentido de que su alcance es relativo al supuesto en que existe peligro. Pone el ejemplo del sujeto que, por imprudencia, dispara un perdigón con una escopeta destartada hacia la calle donde se encuentra, a gran distancia, un hombre que, a su vez, resulta mortalmente herido por la circunstancia de que el perdigón lesiona uno de sus ojos. En tal caso, advierte que uno se inclinaría por afirmar que hay causalidad adecuada, no obstante que el peligro era muy bajo por la distancia y la improbabilidad de la lesión justo en el ojo, juicio que se explicaría por la consideración de

⁹⁴ VON KRIES, «Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (9), 1889, pp. 528 ss. (traducción al español prontamente disponible en alguna revista abierta); sobre cómo llegó a publicarse el trabajo de un fisiólogo y filósofo en un medio tan terrenal como una revista de derecho penal, por el momento, sólo se puede especular: quizás su medio hermano jurista, AUGUST VON KRIES, lo impulsó a ese gesto, o, quizás, algún colega en Freiburg...

⁹⁵ En mayo de 1897, VON KRIES recibió el título de *doctor honoris causa* de manos de la Facultad de Derecho de la Universität Erlangen en Nürnberg: no puede sino haber tratado algún tema vinculado con el Derecho al recibir semejante reconocimiento.

⁹⁶ Por los resultados de sus investigaciones científicas, VON KRIES fue postulado, por sus colegas, en tres ocasiones al premio Nobel.

⁹⁷ BGH, Urt. v. 11.05.1951, I ZR 106/50, nm. 16; BGH, Urt. v. 23.10.1951, I ZR 31/51, nm. 16.

⁹⁸ RÜMELIN, *Der Zufall im Recht*, 1896, pp. 5 ss. (destacado en el presente texto).

aspectos éticos⁹⁹. Así, es necesario definir los presupuestos bajo los cuales se emite el juicio acerca del azar y, también, qué «medida de la previsibilidad» funge como contrapunto del azar, medida que, a su vez, se suele fijar en atención al grado de previsión que razonablemente se puede exigir y a la clase de intereses ajenos involucrados¹⁰⁰.

Ahora bien, RÜMELIN advierte que el lugar propio de dicha pregunta por la medida de la previsibilidad se restringe al ámbito de la contraposición entre azar y culpabilidad. Pues, tratándose de la realización de una acción no permitida y del emprendimiento de actividades que suponen cierta «responsabilidad por el peligro», cuyo principal ejemplo es el «deber de responsabilidad del ferroviario», la pregunta por la previsibilidad desde un comportamiento dado del agente pierde sentido. En este otro ámbito, la contraposición se presenta más bien entre peligro y azar, en el sentido de que la responsabilidad se ve excluida, en principio, sólo cuando el daño puede atribuirse al azar¹⁰¹.

Finalmente, RÜMELIN ventila los casos que se ubican en la contraposición del azar al *favorecimiento* verificable mediante un examen o pronóstico *posterior*. En el ámbito del Derecho civil, los ejemplos que se discuten son, entre otros, el de la muchacha que rasguña a su compañera de escuela, quien luego muere a consecuencia de una infección sanguínea, o del agente que le propina un golpe leve a otro, quien no obstante muere por una anormal constitución corporal. En estos casos, en que hay una injerencia culpable en la esfera de intereses ajena, no resulta decisiva la previsibilidad del resultado lesivo, en tanto la perspectiva del agente es irrelevante, pero sí se recurre al baremo de la «previsibilidad *objetiva* desde la perspectiva de un examen posterior». Incluso se da el paso de ampliar el alcance de la responsabilidad, a pesar de que el agente no pudo vislumbrar el resultado dentro de lo posible y no obstante que tampoco lo anticiparía, en lugar del agente, una persona dotada del máximo de experiencia y que captase el hecho concreto en su conjunto, en tanto las circunstancias presentes al tiempo de este fueran reconocibles. Según RÜMELIN, en el segundo ejemplo, por lo menos hay una previsibilidad fundada en que uno todavía puede decir que, después de examinar la suma de las circunstancias presentes en el momento del hecho, incluyendo las descubiertas recién con el curso del suceso, la muerte fue favorecida por el golpe en tanto ésta habría sido previsible si se hubiese sabido de la constitución corporal de la víctima. Este juicio con base en el conjunto de las circunstancias presentes al tiempo del hecho y descubiertas con el suceso, o de los momentos típicos esperables, es lo que se llama, usando una expresión de VON LISZT, el punto de vista del «pronóstico objetivo posterior». La misma cuestión se plantea en Derecho penal tratándose de preceptos legales que elevan la causación de un daño mayor como fundamento para el incremento de la pena, tal como ocurre, por ejemplo, con la muerte a consecuencia de una lesión corporal o del peligro mediante explosivos, y, en el caso concreto, se presenta una conexión meramente singular entre acción y resultado. En estos casos, el punto de vista del «pronóstico objetivo posterior» se contrapone al azar, en la medida en que se concluya que, aún con el conocimiento de todas las circunstancias presentes y verificables en el momento del hecho, no hubo favorecimiento del resultado. Pero acá, RÜMELIN concede la inserción de un «momento cuantitativo», pues el caso de la ausencia de favorecimiento ha de equipararse con el del favorecimiento mínimo, por ejemplo, si una lesión leve conduce, a consecuencia de un sorpresivo dolo del médico o de un tratamiento completamente negligente, a la muerte de la víctima. En estos casos, es imperativo recurrir a criterios muy heterogéneos, como, por ejemplo, el de satisfacerse con un menor grado de

⁹⁹ RÜMELIN, *Der Zufall im Recht*, pp. 10 ss., 15.

¹⁰⁰ RÜMELIN, *Der Zufall im Recht*, pp. 17 s.

¹⁰¹ RÜMELIN, *Der Zufall im Recht*, pp. 21 ss., 30 ss.

favorecimiento del daño mayor, si la lesión corporal fue realizada dolosamente en comparación con el caso en que esta fue negligente, o, si la acción del agente ocasionó otra conducta realizada a su vez culpablemente, entonces, cuanto más «irresponsable» sea esta última, menos disposición habrá para afirmar que el resultado fue favorecido por la primera acción¹⁰².

Luego de exponer las diversas formas en que se ha entendido el concepto de causalidad adecuada, RADBRUCH ofrece su propia conceptualización señalando que «la posibilidad objetiva es la *norma* lógica para nuestras expectativas» y que «las expectativas correctas sólo pueden fundarse en el conocimiento de las relaciones causales acorde a leyes»¹⁰³. Como el juicio que supone la posibilidad objetiva se funda en conocimientos *nomológicos* completos, esta constituye el límite externo de la previsibilidad del resultado para alguna persona y, por ende, «posibilidad objetiva es previsibilidad objetiva». Pero, la previsión de un resultado supone no sólo conocimientos nomológicos sino también ontológicos, de modo que dicho límite presupone la «reconocibilidad objetiva» de las condiciones que fundan el juicio de posibilidad:

«La previsibilidad objetiva es entonces el marco externo en cuyo interior se puede mover la previsibilidad subjetiva y la previsión, dentro del cual entonces la culpabilidad es posible. Condición adecuada de un resultado es así aquella condición cuya realización volvió previsible el resultado, una tal condición que “puede ser portadora posible de la culpabilidad subjetiva”»¹⁰⁴.

Respecto de la *base* del juicio de posibilidad, RADBRUCH distingue una teoría subjetiva, una objetiva y una serie de teorías intermedias. La teoría *subjetiva* lo es porque incluye en la base de juicio todas las circunstancias concurrentes en el momento del comportamiento, reconocibles para el agente. Como VON KRIES había acuñado el principio de generalización según la medida de la reconocibilidad y, asimismo, se había referido, luego de reformular el concepto de causalidad, al «tipo psicológico», RADBRUCH atribuye esta visión subjetiva a la «teoría» del fisiólogo y termina por rechazarla, porque en esa medida la causalidad adecuada coincide, en buenas cuentas, con el juicio de culpabilidad¹⁰⁵. Según la teoría *objetiva*, que esta vez con razón atribuye a RÜMELIN, integran la base del juicio todas las condiciones presentes al tiempo del hecho y las conocidas con posterioridad, con excepción de las absolutamente irreconocibles. Por muy objetiva que esta teoría pretenda ser, por definición, la reconocibilidad presupone un sujeto, pero no lo explicita. Sin embargo, en tanto se incluyen en la base del juicio condiciones reconocidas con posterioridad, ese sujeto no puede ser otro que el propio juez. Por un lado, RADBRUCH critica esta teoría, puesto que, al incluir, además de las circunstancias concurrentes al momento del hecho, esperables o reconocibles, las condiciones reconocidas *ex post*, ya no se trata de un juicio de posibilidad, sino de necesidad, con lo cual se mantiene en el suelo de la teoría dominante de la condición necesaria. Por otro, para evitar traicionar el sentido limitativo del concepto de causalidad adecuada, el propio RÜMELIN tuvo que introducir dos «modificaciones de equidad»¹⁰⁶

¹⁰² RÜMELIN, *Der Zufall im Recht*, pp. 44 ss.

¹⁰³ RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902, p. 26, destacado en el presente texto, porque podría existir un error de tipeo, que daría cuenta de un sugerente *lapsus linguae*: en el texto aparece la expresión «logische Norm», pero quizás la que quiso usar el autor fue «logische Form» («forma lógica»).

¹⁰⁴ RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902, pp. 26 s., con cita de MEYER.

¹⁰⁵ RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902, pp. 27, 32 ss.

¹⁰⁶ Cfr. RÜMELIN, «Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Zivilrecht», *Archiv für die civilistische Praxis*, 1900, (90-2), pp. 189 s., 300 s.: «Si la víctima es colocada mediante el suceso fundante de responsabilidad solamente en relación espacial y temporal con un acontecimiento que ocurre después, entonces se hace abstracción de las condiciones de este segundo suceso que se hallan más allá de toda previsión incluidas las no conocidas ni reconocibles para el responsable, cuando estas ya concurrían al tiempo del primer acontecimiento», y, enseguida: «En ningún caso se contará, al fijar el baremo del pronóstico objetivo posterior, con meras

que, en definitiva, morigeran los alcances de ese baremo¹⁰⁷. Las diversas formulaciones de la teoría intermedia se traducen en regresar a una perspectiva *ex ante*, pero desde el baremo del «hombre medio». El «talón de Aquiles» de estas teorías, empero, radica en el supuesto en que el agente concreto dispone de conocimientos ontológicos que superan los del «hombre normal», con lo cual recaen en un inevitable dualismo¹⁰⁸.

Concluye RADBRUCH que cada una de estas teorías trata de lidiar con el problema de la generalización de las condiciones estableciendo reglas insostenibles que, si no retornan al suelo de la teoría dominante, entran en conflicto con el concepto de culpabilidad. El límite externo y a la vez más estricto es el estado de conocimientos nomológicos y ontológicos cabales; un juicio emitido sobre esta base, empero, es siempre un juicio de necesidad, de modo que la única forma de evitar el conflicto que plantea la causalidad adecuada con la culpabilidad es asumiendo la teoría de la condición necesaria. No obstante, RADBRUCH reconoce que tal conflicto no se presenta en los supuestos en que la ley penal o civil prescinde del elemento de la culpabilidad y se satisface, en principio, con la causalidad¹⁰⁹. Es el caso de los delitos calificados por un resultado «no-culpable», que, tal como lo había anticipado el propio VON KRIES con su exigencia de la «adecuación de la relación condicional», se caracterizan por tratarse de una clase de delitos que favorece especialmente el resultado de la muerte de una persona, como el incendio, la lesión corporal o el envenenamiento, esto es, en que el fundamento de la cualificación radica en el «peligro específico del resultado» que implica la realización de esta clase de delitos:

«Para que sea abarcado por la responsabilidad, entonces, el resultado debe ser realización de un *peligro* derivado del delito, es decir, debe haber sido causado adecuadamente mediante este. Tiene que ser además realización del *peligro específico* del resultado creado mediante el delito: así nos viene dada la base del juicio de posibilidad»¹¹⁰.

En consecuencia, ha de presuponerse la realización concreta de la clase de circunstancias que el legislador tuvo a la vista al formular el precepto, incluidas en el concepto *genérico* del tipo delictivo respectivo y que se distingue de otros delitos donde no concurre tal clase de circunstancias, como el hurto o la extorsión. Si el legislador vio el peligro específico de la lesión corporal en la circunstancia de que *aliud alii mortiferum esse solet*, entonces ha de presuponerse la constitución corporal de la víctima, por muy anormal e irreconocible que sea para el agente¹¹¹. Cierra RADBRUCH señalando que la exigencia de *adecuación* surge por vía de interpretación de la *ratio legis* de las disposiciones y que, por consiguiente, no tiene nada que ver con la causalidad¹¹².

Quizás el escrito más influyente de la época, por la claridad en la exposición y por la influencia que ejerció luego en la doctrina y en la jurisprudencia por lo menos en asuntos civiles, fue el trabajo de TRAEGER sobre «el concepto de causalidad en Derecho penal y civil», cuyo título ya asume la premisa de la distinción de este concepto respecto de la ley causal¹¹³. Como es lógico,

resoluciones o actitudes de otros agentes existentes al tiempo del hecho, en tanto estas no fueron incluidas en la previsión del autor o no debieron ser consideradas».

¹⁰⁷ RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902, pp. 28 s., 40 ss., 46.

¹⁰⁸ RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902, pp. 29 ss., 47 ss.

¹⁰⁹ RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902, pp. 54 s.

¹¹⁰ RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902, p. 58 s. (destacado en la obra citada).

¹¹¹ RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902, p. 59; cfr. EL MISMO, «Erfolgshaftung», en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, AT, t. II, 1908, pp. 232 ss.

¹¹² RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902, p. 60.

¹¹³ TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, pp. 13 ss.

empieza con la revisión de los conceptos filosóficos de causalidad, incluyendo, por cierto, la versión acuñada por MILL, hasta plantearse la pregunta por el concepto de causalidad en el Derecho, partiendo, como también era de esperar, con la teoría de la *conditio sine qua non* y su método de la supresión hipotética. En tanto teoría acerca del plexo de condiciones que une una acción con un resultado, su aplicación en el campo del Derecho presupone, empero, la delimitación previa de qué es lo que cuenta como una acción, por un lado, y qué resultado ha de considerarse, por otro. Este paso previo supone la inserción de un juicio de valoración jurídica, mas no se trata de nada peculiar del campo del Derecho, pues toda observación científica presupone la especificación y fijación de los hechos, que a su vez es producto de una decisión del pensamiento. Pues bien, según esta teoría toda circunstancia cuya supresión implica que el resultado ocurrido no se subsume más bajo la categoría de efecto E definida por el tipo legal (muerte, lesión corporal, daño material, etc.), sino que en la categoría contraria no-E (no muerte, integridad física o de la cosa, etc.) es condición del resultado jurídico. Y esto vale no sólo respecto del antecedente que trae consigo necesariamente el resultado, como, por ejemplo, «la lesión absolutamente mortal», sino también respecto de la circunstancia que sólo a consecuencia de las relaciones completamente especiales del caso concreto produce, mediata o inmediatamente, un efecto inusual, como la bofetada a un niño que muere a consecuencia de una infección tuberculosa en el cerebro¹¹⁴.

De ahí la necesidad de restricción en sede de causalidad. TRAEGER identifica dos grupos de casos que exigen tal modulación, tanto en Derecho penal como civil. En Derecho penal, ve tal necesidad en ciertos casos en que el resultado se produce culpablemente, como en el caso del tío que envía su sobrino de 10 años al bosque durante una tormenta para que muera por la caída de un rayo, cuestión que efectivamente sucede y donde el resultado posible, aún improbable, fue previsto por el tío; por otro lado, la restricción es necesaria tratándose de casos en que el resultado producido sin culpabilidad funge como agravación de la pena, como en el tipo del § 226 StGB, entre otros, y menciona el ejemplo de A que lesiona dolosamente a B, quien a su vez muere en el camino al médico por una teja de ladrillo o un rayo que le cae encima. Con tal fin, TRAEGER distingue, por una parte, teorías individualizadoras, en el sentido de que procuran diferenciar las condiciones según el significado que tienen para el caso individual y, por otra, las teorías generalizadoras, que diferencian y valoran las condiciones según su significado general¹¹⁵. En este segundo grupo de teorías se ubica, por cierto, la teoría de la causalidad adecuada formulada por VON KRIES sobre la base del concepto de «posibilidad objetiva». No obstante, el «grado de posibilidad» depende, por un lado, de cuánto se generalice el resultado y, por otro, de cuán extensa sea la generalización de las condiciones que lo unen con el comportamiento del agente. En cuanto al resultado, el grado máximo de generalización es el que se deriva de la aplicación de la teoría de la *conditio sine qua non*, que entonces incluye el caso recién mencionado de la caída de la teja de ladrillo sobre la víctima. Sin embargo, «la *conditio s. q. n.* es una circunstancia generalmente favorecedora solamente cuando mediante ella se incrementa la posibilidad de que suceda justo la clase de muerte, de lesión, de daño material, que se ha realizado en el caso concreto», cuyo sería el caso, por ejemplo, de la muerte de la víctima postrada en el bosque por inanición o congelamiento o atacada por animales salvajes, pero no de la muerte ocurrida por la caída de un rayo o por obra de una banda de ladrones¹¹⁶. Respecto de la generalización de las condiciones, TRAEGER expone, entre otros, los planteamientos que conducen a la disyuntiva entre

¹¹⁴ TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, pp. 40 ss.

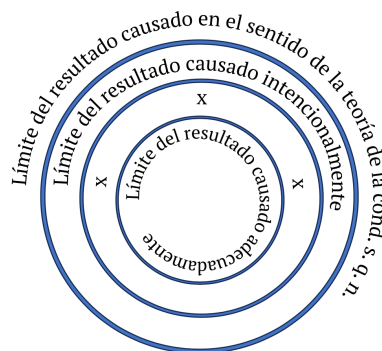
¹¹⁵ TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, pp. 76 ss.

¹¹⁶ TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, pp. 125 ss.

el baremo supuestamente «subjetivo» promovido por VON KRIES y la fórmula del pronóstico objetivo posterior de RÜMELIN, para llegar así a la siguiente toma de posición:

«Una acción u otra circunstancia, que se ha evidenciado como *conditio s. q. n.* de un determinado resultado, es entonces condición adecuada del resultado cuando es una circunstancia generalmente favorecedora de un resultado de la clase del ocurrido, es decir, cuando ella generalmente incrementa de forma considerable la posibilidad objetiva del resultado de la clase del sucedido. Para formular el juicio de posibilidad exigido, han de presuponerse el conjunto del conocimiento experiencial y todas las condiciones presentes al tiempo de comisión de la acción (o de concurrencia de otro suceso) que en ese momento eran reconocibles para el hombre medio y, además, las circunstancias conocidas por el agente mismo. Ha de hacerse abstracción de las demás condiciones»¹¹⁷.

Tratándose del primer grupo de casos antes mencionado, en que se exige culpabilidad en la forma del dolo o de la culpa, el límite de la responsabilidad que se deriva de la aplicación de esta teoría coincide con la exigencia de culpabilidad, de modo que se vuelve prescindible recurrir a este concepto. Lo anterior, empero, no vale en el supuesto en que el agente causa intencionalmente el resultado, puesto que, en tal caso, concurre el requisito de la culpabilidad, pero se vuelve necesario aplicar el filtro de la causalidad adecuada. Aquí TRAEGER menciona una variante del caso del tío, en que es un granjero el que, con el fin del castigo, envía a su siervo al bosque durante la tormenta, y otro ejemplo en el cual un sujeto, que no se maneja con armas, dispara a gran distancia contra su enemigo. En ambos casos hay previsibilidad subjetiva, incluso dolo, de modo que concurre el requisito de la culpabilidad y, además, si uno rechaza la teoría de la causalidad adecuada y en cambio la ve reducida a la *conditio sine qua non*, entonces hay que concluir que en ambos también hay responsabilidad por el resultado así causado. De ahí la necesidad de recurrir a la teoría de la causalidad adecuada, en virtud de la cual puede decirse que, en el primer caso, si bien hay culpabilidad, el agente no ha incrementado de modo considerable la posibilidad del resultado, a diferencia de lo que sucede en el segundo ejemplo¹¹⁸. El propio TRAEGER muestra cómo operan los diversos límites a la responsabilidad en el siguiente gráfico:



El círculo con la x significa que no hay responsabilidad en la medida en que rige el límite de la teoría de la causalidad adecuada. Ahora bien, tratándose de los delitos calificados por el resultado, donde el legislador prescinde de la exigencia de culpabilidad y, por ende, sólo se exige causalidad en relación con el resultado más grave, el único límite que existe es el que se deriva de la comprensión de esta relación según el concepto de causalidad adecuada¹¹⁹. Lo determinante es, según TRAEGER, que hay causalidad en sentido jurídico sólo cuando la primera acción realizada

¹¹⁷ TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, p. 159.

¹¹⁸ TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, pp. 167 ss.

¹¹⁹ TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, pp. 173 ss.

voluntariamente, que se evidencia como *conditio sine qua non* del «resultado final», incrementa generalmente la posibilidad objetiva de que suceda un resultado de la clase del realizado¹²⁰.

5.2. El proceso de desglose interno de la adecuación y la paulatina diferenciación de perspectivas: *ex ante* y *ex post*

A pesar de que, en su origen, el concepto de posibilidad objetiva fue acuñado por VON KRIES tanto para enriquecer el concepto de causalidad como para volverse aplicable en supuestos donde no había causalidad en concreto, como en la tentativa y los delitos de peligro, la discusión de los juristas giró, comprensiblemente, en torno a la ubicación sistemática de la adecuación entendida como un filtro de la responsabilidad, esto es, en su sentido limitador. Como queda en evidencia, en particular, en la discusión entre RADBRUCH y TRAEGER, el punto fuertemente controvertido radicaba en si la adecuación era un elemento o propiedad inherente a la causalidad o si, por el contrario, podía reconocerse sólo como un filtro separado de esta. En una u otra ubicación sistemática, resulta claro que la adecuación no podía sino concebirse en un sentido fundamentalmente descriptivo, máxime si la discusión se desataba en la época de plena gestación de la teoría moderna del delito, en cuyo seno recién empezarían a precisarse sus diversos elementos constitutivos y articularse de modo sistemático por obra de sus fundadores. Pues bien, en este contexto histórico, el filtro de la adecuación sufriría, por un lado, un proceso de creciente *normativización* de su alcance hasta dar origen al concepto de «imputación objetiva», en poco más de tres décadas. Pero, por otro lado, al interior de este mismo proceso, el componente *descriptivo* de la causalidad adecuada, tal cual fue concebida por su creador, se mantendría incólume, sin que los precursores de la teoría de la imputación objetiva se dieran cuenta de ello.

Este proceso de reformulación conceptual de la teoría de la causalidad adecuada tiene su hito fundacional en el escrito de MÜLLER sobre «el significado de la relación causal en el Derecho penal y de daños» del año 1912. En el ámbito del derecho de daños, MÜLLER distingue dos clases de responsabilidad jurídica. Por un lado, existe una clase de responsabilidad que se *funda* en el hecho que la desencadena y en otros elementos, como puede ser, aunque no siempre, el de la culpabilidad. Por otro, MÜLLER reconoce otra clase de responsabilidad por el daño, que se *agota* con el hecho que la desencadena y que supone siempre causalidad¹²¹. En Derecho penal, sólo viene en consideración la primera clase de responsabilidad señalada. Ahora bien, la cuestión que le interesa a MÜLLER y que busca esclarecer atañe a las diversas funciones que la causalidad cumple en el marco de ambas clases de responsabilidad por el daño, pretensión que levanta justo en el contexto de la disputa entre la aún dominante teoría de la condición y la teoría de la causalidad adecuada, que empezaba a hacerle competencia.

Pues bien, según MÜLLER, para que un *hecho*, positivo o negativo, pueda ser culpable en sentido técnico-jurídico, esto es, para que pueda *fundar* responsabilidad por el daño, es menester, en primer lugar, que el *comportamiento* del agente sea objetiva y subjetivamente contrario a una norma jurídica y, en segundo término, que además el resultado sea causado culpablemente. El primer requisito de esta clase de responsabilidad, a su turno, supone la existencia de una norma jurídica cuyo objeto, aclara MÜLLER, radica exclusivamente en el comportamiento del agente, es decir, objeto de la prohibición no puede ser el resultado mismo ni tampoco el curso causal como tal. Una conducta se torna prohibida no recién en el momento del resultado, sino antes en la

¹²⁰ TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, p. 187.

¹²¹ MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, pp. 5 ss., 81 ss.

situación durante la cual su realización y sus consecuencias aún se encuentran en juego. La referencia que la norma hace al resultado sólo sirve a la determinación del comportamiento prohibido. Es decir, la vinculación con el resultado, que sirve a la determinación de la conducta requerida por las normas, jamás puede derivar del curso causal posterior, sino que sólo en tanto posibilidad de que este tenga lugar bajo las circunstancias concomitantes al comportamiento, activo u omisivo, del agente. De ahí la necesidad de adoptar el punto de vista del *pronóstico*. Sin embargo, aún bajo esta perspectiva, tampoco interesa la posibilidad de que suceda cualquier resultado. Para la delimitación de las posibilidades de curso causal relevante, MÜLLER recurre al *fin* de las normas jurídicas en tanto exigencias destinadas al «hombre» para que se comporte de tal modo que los hechos se ajusten al fin impuesto. Tratándose de una norma de mandato, por ejemplo, que impone el deber de comunicar a la autoridad el plan delictivo del que se ha tenido conocimiento, este puede verse infringido tanto mediante omisión como por acción –v.gr.: § 139 StGB. Bajo una norma prohibitiva resultan comprendidas todas aquellas acciones que, en las circunstancias concomitantes reconocibles, incrementan la posibilidad de que suceda un resultado de la clase de los descritos por la norma¹²². El punto de vista del pronóstico, entonces, es uno *objetivo*:

«un hombre puede comportarse de modo objetivamente contrario a la norma jurídica sólo mediante la omisión de una acción o mediante la realización de una acción cuya omisión resulta necesaria, bajo el punto de vista del conocimiento humano abstracto del momento, para el fin impuesto por una norma jurídica (de causar o no causar un resultado de cierta clase)»¹²³.

Con una intuición simplemente genial, que se anticipa en más de medio siglo a la reformulación normativa del concepto de acción, MÜLLER sostiene que acción y omisión pueden agruparse bajo la categoría de la conducta entendida en el sentido del «ejercicio de la libertad» de realizar o no realizar una determinada acción, más precisamente, «de que un cambio determinado tenga o no tenga lugar»¹²⁴. Este paso conceptual le permite generalizar el planteamiento en los términos de que una *conducta* es *objetivamente* contraria a la norma jurídica sólo en la medida en que, bajo la consideración de las circunstancias reconocibles *ex ante* para el conocimiento humano abstracto, incrementa la posibilidad objetiva de que el fin de la norma se vea frustrado. En contra de la teoría de la causalidad adecuada, empero, MÜLLER sostiene que el incremento de la posibilidad de que suceda el resultado no es un elemento de la causalidad, sino que de la contrariedad objetiva a la norma jurídica, de tal manera que, entonces, la frontera externa de la responsabilidad no viene dada por la causalidad adecuada, sino por este elemento de carácter objetivo¹²⁵.

Ahora bien, con el objeto de tematizar la cuestión ineludible del *grado* del incremento de la posibilidad objetiva del resultado y del *significado* de la acción bajo la norma jurídica correspondiente exigidos para el juicio acerca de la conducta, MÜLLER recurre a los ejemplos, entre varios otros, del tío que envía al sobrino al bosque y del sujeto que dispara, con un arma destartada, a gran distancia respecto de la víctima, que antes había planteado TRAEGER para la justificación de la adecuación como elemento inherente a la causalidad. MÜLLER hace notar que, en ambos ejemplos, en las circunstancias objetivas reconocibles en el momento de la acción, el agente favorece con ella el resultado y, desde el punto de vista objetivo del pronóstico, pone en

¹²² MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, pp. 22 ss.

¹²³ MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, p. 28.

¹²⁴ MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, p. 28 nota 1.

¹²⁵ MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, pp. 29 ss.

peligro el fin perseguido con la prohibición del homicidio, de modo que, si lo único determinante es el grado del peligro, no puede introducirse ninguna diferencia en el tratamiento de ambos casos. Es aquí donde MÜLLER hace un giro conceptual que será olvidado por muchos de sus contemporáneos pero que, medio siglo después, reaparecerá bajo el ropaje de la categoría del «riesgo permitido». Recurriendo a una serie de criterios que antes había sido sugerida por EXNER, en su escrito sobre imprudencia, MÜLLER propone tres *factores* para la calificación de la acción como objetivamente contraria, o no, a la norma jurídica, que son el ya señalado grado de peligro para el fin impuesto por la norma, la relevancia del fin puesto en peligro y el fin perseguido mediante la acción. Los tres factores quedan articulados en términos tales de que, mientras más importante sea el fin impuesto por la norma y mientras menos útil sea el fin perseguido por el agente, tanto menor ha de ser el grado del peligro para poder calificar el comportamiento de objetivamente contrario a la norma jurídica¹²⁶. Y al revés, entonces, tendría que regir la fórmula de que mientras menos importante sea el fin de la norma y mientras más relevante sea el fin perseguido con la acción, mayor ha de ser el grado de peligro para dicha calificación. Sin embargo, en ambos casos el grado de peligro es igualmente bajo, de modo que la única diferencia podría derivar de la circunstancia de que el fin perseguido es «socialmente más útil» en el primero en comparación con lo que ocurre en el segundo, afirmación, empero, que desde el punto de vista del «fin subjetivo» buscado por el agente no sería correcta:

«Lo decisivo es que una conducta que, aunque sea objetivamente, sirve de medio para un fin cuya utilidad social conlleva asumir los peligros inevitablemente unidos de modo general a su persecución, no puede ser prohibida por fundar tal peligro»¹²⁷.

Con cita de BELING, MÜLLER aclara que dicha relación de medio a fin no ha de entenderse en el sentido de la «finalidad teleológica», sino en el de la «causalidad potencial» y, por ende, se ubica en el ámbito objetivo. Así, se pregunta si en el caso del tío podía o no asumirse el «riesgo bajo» de que le cayera el rayo al sobrino, a diferencia del caso del disparador torpe, cuya acción sería objetivamente contraria a la norma jurídica¹²⁸. Más adelante agrega la reflexión de que, en el caso del tío y el sobrino, aun cuando uno concluyera que el peligro creado mediante su acción era «apreciable», a lo más aquél respondería a título imprudente¹²⁹. Enseguida, MÜLLER se refiere a la dimensión *subjetiva* del comportamiento contrario a la norma jurídica, en una época en la que aún no se había consolidado la teoría del delito de cuño contemporáneo. De ahí que la tematicidad no directamente con base en la distinción entre dolo y culpa sino en los términos de la conducta «subjetivamente culpable», esto es, en el sentido de que, además de la contrariedad objetiva a la norma, la culpabilidad en «sentido técnico» presupone que el comportamiento ponga en peligro el fin de la norma también bajo el punto de vista del «pronóstico subjetivo». Es decir, es preciso que el agente ponga en peligro dicho fin tanto desde la perspectiva del «pronóstico objetivo» como a la luz de un «pronóstico subjetivo». Esta última perspectiva es la que otorga la capacidad de conocimiento del individuo concreto cuya acción u omisión se encuentra en cuestión al tiempo y en la situación del comportamiento¹³⁰. En un gesto que devela la perplejidad que todavía genera la «indeterminación ínsita a los hechos» en este grupo de casos límite, MÜLLER inserta una *postdata* al término de su escrito donde reconoce que le surgieron reparos en cuanto a si dicha pregunta por la contrariedad objetiva a la norma jurídica habría de responderse más bien

¹²⁶ MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, pp. 36 ss.

¹²⁷ MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, p. 39.

¹²⁸ MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, pp. 39 s. con nota 1.

¹²⁹ MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, p. 59 nota 1.

¹³⁰ MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, pp. 42 ss.

solamente en atención a las circunstancias que concurren en el horizonte del respectivo individuo concreto al tiempo de su conducta¹³¹.

El segundo requisito de esta clase de responsabilidad consiste en la «causación culpable» del resultado, elemento adicional que, a su vez, presupone la concurrencia de causalidad en el sentido de la teoría de la condición. A modo de ejemplo, MÜLLER plantea el caso del macetero de flores colocado en una ventana ubicada arriba de una calle muy concurrida y que cae justo delante de un pasante que, para esquivar dicha caída, huye hacia la vereda opuesta donde, empero, le cae encima una teja de ladrillo. En el caso, el agente incrementa la posibilidad de que suceda el resultado de muerte o de lesión corporal de manera considerable y, bajo las normas cuyo fin radica en que tal clase de resultados no suceda, la conducta es objetivamente contraria a la norma jurídica. Sin embargo, según MÜLLER, en el caso no se trata de aquella clase de resultados a la que se refiere la conducta a su vez contraria a la norma, pues no pertenece a la clase de consecuencias letales cuya posibilidad tornaba prohibida la conducta, es decir, el resultado no sucede en realización del peligro de muerte en cuya virtud el comportamiento del agente era contrario a la norma jurídica¹³².

Luego de ventilar casos en que el riesgo se mantiene igual a consecuencia de la conducta del agente, MÜLLER le saca provecho a tal elemento en el marco de los delitos calificados por el resultado bajo el ejemplo del tipo de lesiones corporales seguidas de muerte –§ 226 StGB. Tal como ya lo había advertido VON KRIES, el fundamento de la responsabilidad penal agravada radica en que es propio o característico de los resultados de la primera clase que ocurra un peligro específico de que sucedan resultados de la segunda clase. Una interpretación racional de estas disposiciones legales permite explicar, aunque no fundamentar suficientemente, la *responsabilidad por el resultado* acuñada en estas normas, en la medida en que la peligrosidad específica de la clase de resultados más leves funge como marco dentro del cual la realización de la clase de resultados más grave desencadena la pena también más grave. De este modo, los presupuestos de la responsabilidad penal agravada estriban, por un lado, en que el agente haya condicionado culpablemente el resultado de entidad menos grave y, por otro, que el resultado de entidad más grave haya sido condicionado en el marco del *favorecimiento* característico de la clase de resultados de entidad menos grave de que suceda la clase de resultados de entidad más grave. En este contexto, MÜLLER se pronuncia acerca de la disputa entre RADBRUCH y TRAEGER en torno a la ubicación sistemática del elemento de la adecuación. Para demostrar que esta no es una propiedad inherente a la causalidad, como creía TRAEGER, MÜLLER plantea el ejemplo, que después ENGISCH tildaría de «algo artificial», del agente que lesiona un pie de la víctima apurada en tomar el tren bajo circunstancias tales de que le sería subjetivamente reconocible el incremento de la posibilidad objetiva de que ésta se suba a otro tren en cuyo interior se encontraba una «máquina infernal» que, a su turno, explota antes de que la víctima llegue a su destino. En el caso, la conducta del agente era objetiva y subjetivamente contraria, no sólo a la prohibición de la lesión corporal, sino también a la del homicidio. Pero, además, según MÜLLER, de acuerdo con el curso de los hechos, como la muerte fue causada en el marco del peligro en cuya virtud el comportamiento se encontraba prohibido, concurre la adecuación exigida para la «causación culpable» no sólo de la lesión corporal, sino también de la muerte. Es decir, la misma lesión en el pie «causa culpablemente» tanto la lesión corporal como la muerte. En cambio, la adecuación exigida por el § 226 StGB en la específica relación entre lesión corporal y resultado de muerte no concurriría, puesto que la lesión en el pie no habría condicionado la muerte en el marco del

¹³¹ MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, p. 141.

¹³² MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, pp. 55 ss.

peligro que era característico de la lesión corporal. En consecuencia, el resultado de muerte puede ser «causado adecuadamente» por una lesión corporal sin que al mismo tiempo concurra la adecuación exigida entre lesión corporal y resultado de muerte para la aplicación del § 226 StGB, diferencia que demostraría, en fin, que, en esa medida, no se trata de una propiedad inherente a la causalidad¹³³.

5.3. Excurso: la inflexión filosófica de Larenz y el nacimiento del concepto de «imputación objetiva»

Sobre el trasfondo de la superación del dualismo kantiano entre nómeno y fenómeno en la síntesis del espíritu, LARENZ recurre a la «dialéctica de la imputación» desplegada por HEGEL en la Filosofía del Derecho con el objeto de elucidar los presupuestos bajo los cuales una persona puede ser considerada responsable, ante el Derecho, por un acontecimiento como un «hecho de la libertad»¹³⁴. El primer momento de esta dialéctica es la *acción* entendida como unidad de la voluntad subjetiva y del ser externo producido mediante ésta, que a su vez todavía es *arbitrio*, aún no «voluntad libre». En ese momento, la «acción arbitraria» lleva en sí la contradicción de quedar entregada al azar y desembocar en éste, de modo que, según HEGEL, lo casual en la acción es todo aquello que es ajeno a la voluntad, esto es, lo que no es consciente, no fue previsto, como por ejemplo sucede en un caso de *aberratio ictus*¹³⁵. Mas cuando el agente ha captado correctamente las circunstancias presentes, pero tienen lugar otras nuevas que inciden de tal modo en las consecuencias del hecho que derivan en algo completamente distinto a lo que eran para sí y desembocan en consecuencias lejanas, ajenas, surge una «nueva dialéctica», esta vez de la oposición entre *consecuencias* propias y ajenas, que a su turno se funda en la contradicción ínsita a la naturaleza de que la *necesidad externa* es lo *casual*. Esta contradicción sólo puede superarse mediante la idea del *fin*, esto es, sólo pueden imputarse aquellas consecuencias que forman un *todo* con la acción, dominado por el fin. El fin, a su vez, es la unidad que le confiere carácter general a aquella variedad de conexiones externas y que funda la esencia del hecho determinado. Es lo que HEGEL llama *intención* en tanto «contenido general de la acción». Por ejemplo, en el caso del sujeto que incendia la viga de una casa, la naturaleza general de ese punto contiene su expansión, de modo que toda la variedad de relaciones que así se abre no es una secuencia indiferente, casual, sino un todo, determinado mediante el fin de la acción. Aquí no se trata de que el agente haya previsto las consecuencias individuales, sino que basta con que conozca la «naturaleza general de la acción», pues en esa medida este ha de responder por las «posibilidades particulares» que ella contiene¹³⁶. Pero, además, si bien HEGEL no reconoció como tal la categoría de la «acción imprudente», paradójicamente, sí se anticipó a la idea de «responsabilidad por el peligro» que recién sería desarrollada por los juristas de fines de siglo. Aquí no se trata de responsabilidad por la acción del sujeto y sus consecuencias, esto es, por el hecho, el resultado, sino que de imputación de un *acontecimiento* que se encuentra en una conexión mucho más laxa con la voluntad. Esta conexión no radica en la «causalidad de la voluntad», sino que en una relación de dominio sobre personas o sobre cosas propias en cuyo interior sucede el acontecimiento que irroga el daño, con o sin la intervención del agente¹³⁷.

¹³³ MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, 1912, pp. 61 ss.

¹³⁴ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, tesis doctoral, Georg-August-Universität Göttingen, 1927, pp. 7 ss., 21 ss. (crítica a KANT), pp. 31 ss. (el espíritu en HEGEL), pp. 50 ss. («dialéctica de la imputación»).

¹³⁵ Cfr. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1986, § 117.

¹³⁶ Cfr. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1986, § 118 y § 119.

¹³⁷ Cfr. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1986, § 116.

Pues bien, LARENZ recupera la antigua distinción entre *imputatio facti* e *imputatio juris* con el objeto de llevar la «dialéctica de la imputación» a una formulación conceptual que se vuelva operativa en la ciencia del derecho, tanto penal como civil. La *imputatio facti* como «imputación al hecho» consiste en un *juicio* acerca del hecho como tal, mientras que recién con el paso ulterior de la *imputatio juris* se emite un juicio acerca del *valor* del hecho. LARENZ reformula el paso previo de la *imputatio facti* en los términos de la *imputación objetiva*, que entonces sirve como respuesta a la pregunta de si un acontecimiento es o no un hecho de un sujeto y cumple por ende la tarea de deslindar el hecho *propio* del suceso *casual*. Así, por ejemplo, en el caso en que, durante la tormenta, A envía a B a las alturas de una colina donde se encuentran árboles también altos, con la esperanza de que B muera partido por un rayo, resultado que efectivamente sucede, no se trata de la cuestión de si A ha causado la muerte de B, sino que el sentido de la pregunta atañe a si esta puede serle imputada objetivamente como su hecho propio o, en cambio, es consecuencia de una conexión totalmente casual. Se trata entonces de la pregunta por la imputación de un suceso a una *persona*, pregunta que a su turno se responde a la luz de un juicio *teleológico*. En esta medida, ya la «imputación al hecho», y no recién la «imputación a la culpabilidad» –*imputatio juris*–, presupone la calidad de *persona* del sujeto. Esta calidad, a su vez, supone la *unidad* incondicionada en el sentido kantiano de la síntesis *a priori* y la *libertad* como autodeterminación del sujeto, esto es, de poder realizarse en el hecho. Pues bien, la imputación al hecho es la referencia del acontecimiento a la voluntad del agente, de tal modo que el hecho no le es ajeno ni indiferente, sino que manifestación de su esencia¹³⁸. LARENZ resume de este modo su planteamiento:

«Entendemos entonces –para resumirlo otra vez– bajo voluntad el Yo que activamente interviene en el mundo exterior en tanto define fines y los realiza. “Acción” es manifestación de voluntad, esto es, un movimiento corporal orientado por la voluntad para que se someta a un fin, que está dirigido a un objetivo. Bajo hecho, finalmente, entendemos aquello que los hegelianos y Binding conciben como acción: la realización cabal de la voluntad, esto es, tanto la actividad inmediata del sujeto –la acción– como el acontecimiento más amplio, separado de ésta –las consecuencias de la acción– en la medida en que éste se encuentra en una conexión teleológica con aquél, en tanto este es dominable por la voluntad en orden a servir al fin. La acción y sus consecuencias forman un todo que tiene su principio rector en la voluntad libre: el hecho propio del sujeto. Acción y hecho se distinguen ambos del hacer y del acontecimiento mediante su referencia a la voluntad, su significado teleológico»¹³⁹.

La imputación es la referencia del hecho a la voluntad, que a su vez puede fundarse en dos momentos: el momento del conocimiento, de la previsión, que consiste en la capacidad del sujeto en orden a prever el curso causal, de reconocer el efecto de ciertas causas. Y el momento de la causalidad de la voluntad, esto es, la capacidad del sujeto, fundada en tal conocimiento, de intervenir él mismo en el curso causal, de volverse causa para darle dirección al curso causal. Mientras más alcance tenga la previsión del sujeto, mayor es su capacidad para anticipar las conexiones causales. Pero, a diferencia de HEGEL, LARENZ advierte que la imputación objetiva no puede quedarse aquí. Es preciso reconocer también la *posibilidad* de la previsión como principio de la imputación. Este principio deriva de una auténtica «dialéctica de la posibilidad», que a su vez arranca con la oposición entre la «posibilidad formal» y la «posibilidad real». Tanto una como la otra es relativa al suceso, al curso causal. Algo es *formalmente* posible cuando es tan posible como imposible, esto es, casual, porque la condición aislada sólo puede producir un efecto en conexión con otras condiciones externas e independientes. La posibilidad *real*, en cambio, es la

¹³⁸ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, pp. 60 ss.

¹³⁹ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, p. 75.

totalidad de las condiciones que se torna «necesidad real», esto es, que produce el efecto necesariamente. Pero esta posibilidad real y necesidad es ella misma azar, en la medida en que la coincidencia de las condiciones es en sí misma casual. Las consecuencias que efectivamente tienen lugar son realmente posibles, porque su realización era necesaria según las leyes naturales, pero pueden ser casuales en relación con el agente. La oposición se ve superada en la *posibilidad del conocimiento*, que es la «posibilidad propia» del sujeto. Esta posibilidad no es relativa al suceso, sino a la voluntad libre del «hombre». En tanto espíritu que se hace a sí mismo posible y se realiza, permaneciendo como tal, se supera dicha oposición. La posibilidad del conocimiento es la «posibilidad verdadera», porque es aquella para el sujeto mismo. En esa medida, las consecuencias cuya previsión le era posible al agente caen en el ámbito de su voluntad. Mediante la posibilidad del dominio se constituye el acontecimiento como un todo, que se refiere a la voluntad y se funda en la libertad¹⁴⁰. En este sentido, entonces, la «posibilidad objetiva» de la que hablaba VON KRIES y que luego serviría de base a la teoría de la causalidad adecuada es, correctamente entendida, una *probabilidad* para un sujeto determinado, esto es, se trata de «posibilidad subjetiva»; pero, no para el sujeto individual, con sus conocimientos y capacidades particulares, sino que para un «sujeto pensado», para el «hombre medio», que funge como parámetro objetivo, general. En vez de hablar de «adecuación», entonces, la ciencia del derecho debería más bien exigir causalidad «objetivamente imputable», es decir, que tiene su principio rector en la voluntad¹⁴¹. Este juicio teleológico, en virtud del cual el acontecimiento se pone en relación con el sujeto, de tal modo que el hecho se torna propio de éste, se convierte en su obra, es previo al juicio de *valoración* jurídica que coloca el suceso así imputado bajo el baremo de la *norma*, incluso cuando se trata de omisión, que entonces puede luego ser conforme o contraria a Derecho, culpable o no culpable y, finalmente, dolosa o culposa¹⁴².

En efecto, la responsabilidad jurídica –*imputatio juris*– presupone, además de la imputación objetiva, un juicio normativo acerca del valor del hecho en términos tales de que si este es contrario a la norma se funda así el elemento de la *antijuridicidad objetiva*. Y se completa, por regla general, con la *imputación subjetiva* y la *antijuridicidad subjetiva* que a su vez fundan la culpabilidad y donde recién se considera al sujeto en su individualidad concreta y como personalidad particular ante el Derecho. Las normas sólo rigen para la voluntad, sea que se trate de la voluntad realizada, sea que consista en la determinación interna del sujeto. Objetivamente antijurídica sólo puede ser la realización de la voluntad y subjetivamente antijurídica sólo puede ser la determinación interna de la voluntad del sujeto. La culpabilidad, empero, presupone un juicio acerca del hecho en su faz *objetiva*, esto es, que este se encuentra referido a la persona del agente incluso antes de imputarlo subjetivamente, es decir, de considerarlo bajo la «comprensión e intención» individual de éste. Recién en el plano de la imputación subjetiva y de la antijuridicidad subjetiva se considera la persona en su particularidad individual y capacidad, como «persona concreta». La imputación *subjetiva* supone, entonces, no sólo que el hecho se encuentre referido a la persona, sino que el agente concreto haya previsto o haya podido prever el hecho según sus capacidades individuales. Asimismo, el juicio de culpabilidad presupone que el agente haya tenido la capacidad de comprender la antijuridicidad del hecho y que haya sido consciente de ésta¹⁴³.

¹⁴⁰ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, pp. 75 ss.

¹⁴¹ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, pp. 81 ss.

¹⁴² LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, pp. 85 ss.

¹⁴³ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, pp. 89 ss.; en esta medida, el hecho también puede ser imputado objetivamente a un inimputable y ser calificado de objetivamente antijurídico, pues este juicio se refiere a una persona en abstracto, aún no concreta.

Ahora bien, con la excepción de los delitos calificados por el resultado, en Derecho penal siempre se exige imputación a la culpabilidad, de modo que supone correspondencia entre imputación objetiva y subjetiva, entre antijuridicidad objetiva y subjetiva. En Derecho privado, en cambio, se realiza el lado objetivo del hecho, de modo que no siempre se exige la formulación de tal juicio de culpabilidad e incluso a veces se prescinde de la imputación subjetiva. Es más, existen ámbitos en los cuales no se trata propiamente de imputación al hecho y en los que ni siquiera concurre causalidad¹⁴⁴.

5.4. El desglose de la adecuación como elemento y su recodificación en los términos de la «imputación objetiva»

El penúltimo hito de este largo proceso de reformulación y creciente normativización del concepto de causalidad adecuada puede fijarse en el escrito de ENGISCH sobre «la causalidad como elemento de los tipos penales». Precisamente el título de la breve monografía obedece a la pregunta de si esta conserva o no su sentido puramente natural, extraído de la vida, cuando el Derecho la erige en un presupuesto de la responsabilidad, cuestión que no resulta tan delicada cuando se inserta en el tipo junto a otros elementos como la antijuridicidad y la culpabilidad, pero que sí se torna muy problemática en el ámbito de los delitos calificados por el resultado, donde el propio legislador prescinde de estos requisitos adicionales¹⁴⁵. Para adelantar la respuesta, ENGISCH se inscribe en la corriente de pensamiento de RADBRUCH y de MÜLLER –i.e. se aparta de TRAEGER–, en orden a concebir la causalidad como un elemento estrictamente separado de la antijuridicidad y de la culpabilidad, es decir, completamente «desnudo» de cualquier atributo «correctivo o regulador». Pero, a diferencia de esos autores, no se da simplemente por satisfecho con la teoría dominante de la *conditio sine qua non*, sino que, por decirlo así, procede derechamente a reformularla en términos positivos de la mano de la fórmula de las condiciones ajustadas a leyes naturales¹⁴⁶. Y, de cara a los grupos de casos límite, ENGISCH desarrolla su propia teoría de la adecuación con base en la distinción entre, por un lado, una *relación de adecuación en sentido amplio*, que a su vez radica en una «relación de tendencia» de la conducta del agente hacia el resultado típico, y, por otro, una *adecuación en sentido estricto*, que es relativa al curso causal específico, junto con inclinarse por la ubicación sistemática de la adecuación como elemento *al lado* de la causalidad y, por ende, en sede del *tipo objetivo*¹⁴⁷. Es decir, ENGISCH avanza tanto en el proceso de desglose *interno* de la adecuación como en la creciente normativización de su alcance, justo en el momento en que HONIG agruparía estos componentes bajo la nomenclatura de la «imputación objetiva»¹⁴⁸.

Distingue al menos tres grupos de casos, dos de los cuales se ventilan bajo los delitos de resultado «normales o puros» y el tercero a la luz de los delitos calificados por el resultado¹⁴⁹. Para ejemplificar el primer grupo de casos, recurre al tantas veces mencionado caso del rayo que cae sobre B, luego de que este fuese enviado por A al bosque durante la tormenta, y lo ventila bajo la categoría, previamente acuñada por MÜLLER, de la contrariedad objetiva a la norma jurídica.

¹⁴⁴ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, pp. 96 ss., 100 ss.

¹⁴⁵ ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 4 ss.

¹⁴⁶ ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 21 ss.

¹⁴⁷ ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 35 ss.

¹⁴⁸ HONIG, «Kausalität und objektive Zurechnung», en HEGLER (ed.) *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, t. I, 1930, pp. 182 ss.

¹⁴⁹ ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 49 ss.; en realidad, son cuatro, pues suma a los mencionados los casos de concurrencia entre personas, bajo una variante del «caso del cazador», que comenta en la recta final de la obra (pp. 74 ss.).

Según ENGISCH, actúa de modo contrario a esta norma quien contraviene objetivamente el *cuidado* exigido para la evitación del resultado, de tal forma que la conducta adecuada es aquella contraria al cuidado debido. En aras de concretar el juicio de adecuación, ENGISCH se hace cargo, de manera sucesiva, del punto del grado de generalización del resultado, de la base y del baremo de juicio. Respecto del primer aspecto, hace ver que dicha categoría supone la infracción de aquella norma jurídica que subyace al tipo legal, bajo el cual se subsume la conducta, norma que a su turno no puede sino estar dirigida a la evitación del resultado, cuyo carácter perjudicial aparece mencionado en el mismo tipo. En consecuencia, el resultado ha de generalizarse según la medida fijada en el tipo legal. En cuanto a la base de juicio, advierte que la norma jurídica sólo puede exigir la evitación del resultado típico según la situación fáctica concurrente al tiempo y en el lugar de la acción o de la omisión del agente, de tal modo que el juicio de adecuación ha de formularse considerando todas las circunstancias fácticas conocidas o reconocibles para éste, incluyendo aquellas que el «hombre medio» hubiese reconocido en el lugar del agente, en el caso de déficits concurrentes respecto de éste. Y, respecto del baremo de juicio, este ha de ajustarse al máximo «conocimiento nomológico», pero disponible en el momento del hecho¹⁵⁰. Para pronunciarse acerca de la ubicación sistemática, ENGISCH parte antes de la base de que se condena con penas la realización de la conducta explícitamente descrita en los tipos legales, en tanto esta es contraria a la voluntad del ordenamiento jurídico, de modo que estos cristalizan formas específicas de contrariedad a la norma jurídica, de injusto. A la inversa, si el tipo se amplía a todos los presupuestos objetivos de punibilidad, pueden reformularse todos los elementos de antijuridicidad como elementos del tipo, sean generales o específicos, positivos o negativos – causas de justificación –, de modo que, en este sentido, la adecuación sería un elemento *positivo* y *general* subyacente al tipo. La adecuación, empero, no integra la causalidad, sino que se ubica a su lado, puesto que, por una parte, se encuentra íntimamente unida a la idea de riesgo permitido y otros momentos relativos al deber de cuidado y, por otra, bajo una teoría objetiva de la tentativa, se trata de un elemento común a la tentativa y al delito consumado, que precisamente se diferencian entre sí por la ausencia de causalidad en la primera¹⁵¹.

Ahora bien, a la luz de ese juicio de adecuación pueden solucionarse constelaciones pertenecientes al primer grupo de casos, ya que, resume ENGISCH, sólo actúa antijurídicamente quien realiza una acción adecuada en dirección del resultado típico, cuestión que no ocurre si se crea un riesgo muy bajo de realización de este suceso. Sin perjuicio de ello, en el otro grupo de casos, que también se ventila a título de los «delitos de resultado puros o normales», se trata de constelaciones en las que el agente actúa antijurídicamente e incluso culpablemente, pero cuya acción ocasiona un curso causal tan singular que la responsabilidad por el resultado se vuelve dudosa. ENGISCH menciona aquí un par de ejemplos, algo rebuscados, hay que decir. En un caso, el agente ocasiona, por ejemplo, mediante la manipulación de un fuego artificial, graves quemaduras a la víctima, la que, no obstante, después de recuperarse y al someterse a una operación de trasplante, muere por la alergia que le genera el «narcótico anestésico». En el otro se trata de un vendedor que deja al hijo por un momento a cargo de la tienda de fuegos artificiales, sin darle la orden de instruir a los clientes acerca del uso correcto de estos objetos, cuestión que, no obstante, al proceder a una venta, hace efectivamente el hijo, pero el comprador luego hace caso omiso de las instrucciones, sufriendo estas graves lesiones. Como se vio recién, es para casos como el primero que RADBRUCH concibió el requisito de la «realización del riesgo» y que luego MÜLLER articuló bajo la categoría adicional de la «conexión de antijuridicidad», relación que faltaría en el primer ejemplo. Mas ENGISCH sostiene que este requisito no es otro que el elemento

¹⁵⁰ ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 52 ss.

¹⁵¹ ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 59 s.

de la adecuación de la conducta para la clase específica de resultado, esto es, para el resultado típico en su paso a través de las causas intermedias particulares del caso concreto, de modo tal que el juicio de adecuación, que se refiere al resultado típico, se funda en una serie de «relaciones de adecuación», sometidas a los mismos principios, que a su vez se refieren a los cursos causales particularmente determinados¹⁵². No obstante, ENGISCH no se queda allí, sino que se coloca en una serie de supuestos en que la conducta del agente es, *ex ante*, peligrosa pero que luego, *ex post*, por la concurrencia de otras circunstancias, pierde dicho carácter, *i.e.* se vuelve inocua. Si, en el caso concreto, el daño igualmente sucede y, además, hay causalidad por tratarse de una condición ajustada a leyes naturales, como ocurre en el segundo ejemplo, entonces se abre un ámbito donde el presente requisito adicional se torna relevante:

«La adecuación de esa acción en relación con el resultado típico se encuentra fuera de duda. En cambio, uno no puede decir que la acción peligrosa se ha evidenciado en concreto como realmente “dañina”»¹⁵³.

En la medida en que el requisito de la «realización del peligro» se recodifica en los términos de la adecuación relativa a la particular forma y modo del curso causal, o «relación de *adecuación en sentido estricto*», entonces este corre la misma suerte que la adecuación concerniente al resultado típico, esto es, su ubicación en sede del tipo objetivo como elemento inserto *al lado* de la causalidad, y no como una propiedad de ésta. Finalmente, ENGISCH aborda el grupo de casos de los delitos calificados por el resultado, cuya estructura se funda en un tipo referido a una conducta que realiza culpablemente un primer resultado que, a su vez, funge como causa de otro resultado cualificado. Esta clase de tipos legales se caracteriza por las circunstancias de que el legislador, por un lado, ha erigido en resultado cualificado sólo aquella clase de resultados cuya realización se vuelve en cierta medida probable por la comisión del respectivo delito base y, por otro, lo ha conectado sólo con aquellos delitos base en que, a diferencia de otros que bien pueden también ocasionarlo, existe una «tendencia general» a que suceda el resultado agravado, de modo que el legislador, con la mayor sanción conminada, sólo ha querido captar aquellos casos en que este resultado ocurre en realización del peligro ínsito al delito base. Por lo tanto, al tribunal le corresponde verificar, de un lado, si efectivamente el peligro en dirección al resultado cualificado se encontraba conectado con la realización del delito base y, del otro, si este peligro se ha realizado, esto es, dice ENGISCH, la adecuación en sentido amplio y en sentido estricto como elemento subyacente a la conexión entre el primer y el segundo resultado típico. En cuanto a la base de juicio, esta no ha de fijarse en la conducta inmediata del agente que ocasiona el primer resultado, sino en el comportamiento abarcado por la culpabilidad que desemboca en la conclusión del primer resultado y que crea el peligro específico de realización del resultado agravado, por ejemplo, en el caso de un disparo que causa una lesión leve en el brazo de la víctima, la pregunta de adecuación ha de basarse en este último resultado y no en la conducta extremadamente peligrosa del agente. Respecto de la base de juicio para la verificación de la «relación de adecuación», ENGISCH discrepa de la solución postulada por MÜLLER al caso –algo artificial– de la lesión en el pie y la máquina infernal, planteando otro caso con notas un tanto distintas. Se trata del ejemplo de un miembro de una expedición científica en el polo o en el desierto que lesiona dolosamente el pie de otro miembro en circunstancias bajo las cuales se cuenta con que, por la ausencia de libertad ambulatoria, este ha de quedar postrado en el lugar y desfallecer. ENGISCH es de la opinión que en tal caso resulta aplicable el tipo de lesiones corporales seguidas de muerte, en la medida en que, además de la situación creada con la

¹⁵² ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 60 ss.

¹⁵³ ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, p. 65.

consumación del delito base, ha de incluirse en la base de juicio toda circunstancia concurrente en ese momento, en tanto sea reconocible. Es decir, son relevantes todas aquellas circunstancias que tuvieron lugar al tiempo de la consumación culpable del delito base, cuya concurrencia el agente reconoció o eran esperables en la perspectiva del momento de realización de su comportamiento en sentido estricto, o, en su defecto, que el «hombre medio» hubiese reconocido o esperado en su lugar. Así, el agente que causa culpablemente el resultado del delito base a pesar de dichas circunstancias, obra al mismo tiempo contraviniendo el cuidado en relación con el resultado cualificado. No obstante, ENGISCH aclara que no se trata de ver subyacente la exigencia de imprudencia, puesto que no se aplica el baremo individual que la caracteriza, sino que el agente obra mediante la falta de cuidado en relación con el resultado agravado también antijurídicamente en esa dirección, con la particularidad de que esta antijuridicidad adicional surte el efecto de agravación penal¹⁵⁴.

5.5. Comentario general a modo de cierre de la «sección histórico-dogmática»

Y así concluye el largo recorrido del proceso de reformulación de la teoría de la causalidad adecuada en el sentido en que actualmente aún se concibe, cuyo origen se remonta al concepto de causalidad acuñado por VON KRIES¹⁵⁵. La reformulación, a su vez, de la adecuación en los términos normativos de la «imputabilidad objetiva» de la mano de HONIG, es historia más que conocida¹⁵⁶. Lo que se perdió de vista en este camino ulterior, empero, es que el *principio* del incremento del riesgo que ROXIN formularía treinta años después sólo se vuelve comprensible a la luz del principio de los ámbitos de juego y la categoría del favorecimiento acuñados por VON KRIES en 1886. En efecto, dicho principio se vuelve aplicable en la medida en que las posibilidades de afectación del bien jurídico que derivan de la superación del riesgo permitido son mayores en comparación con las posibilidades de que ese bien no se vea afectado, esto es, que resulte salvaguardado, en el supuesto del riesgo permitido hipotético. En palabras del propio ROXIN, quien en 1962 propone el siguiente método:

«Se verifica qué comportamiento no podría haberse imputado al autor como infracción del deber según los principios del riesgo permitido. Con éste se compara el modo de acción del acusado. Y luego se verifica si la posibilidad de realización del resultado, en la configuración de los hechos concreta sometida a juicio, se ha incrementado frente al riesgo permitido»¹⁵⁷.

Es decir, el incremento comparativo del riesgo no es más que la *diferencia* que concurre entre los ámbitos de juego, que favorece el resultado, diferencia relevante que entonces funge como sustrato *empírico* del principio del incremento del riesgo.

¹⁵⁴ ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 69 ss., 72 con nota 2.

¹⁵⁵ Síntesis de la época en MEZGER, *Strafrecht*, 3ª ed., 1949, pp. 122 ss.

¹⁵⁶ No obstante, GIMBERNAT ORDEIG, «Los orígenes de la teoría de la imputación objetiva», en ÁLVAREZ GARCÍA *et al.* (coords.), *LH-Rodríguez Ramos*, pp. 95 y ss., vuelve otra vez a la carga.

¹⁵⁷ Cfr. ROXIN, «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (74-3), 1962, p. 431 s.; diferenciaciones ulteriores del principio luego en EL MISMO, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», en BARTH (ed.), *Festschrift für Richard Honig*, 1970, pp. 135 ss.

6. Propuesta de solución diferenciada para cada grupo de casos y generalización de criterios

6.1. El elemento del riesgo relevante, *ex ante*, para la delimitación de la responsabilidad en el grupo de casos de los «cursos causales irregulares»

El grupo de casos de los «cursos causales irregulares» se caracteriza por la circunstancia común de que el comportamiento desplegado por el agente eleva, desde una perspectiva *ex ante*, en nula o sólo en ínfima medida la posibilidad de que suceda el resultado típico. El problema que aquí se plantea concierne al baremo para calificar la relevancia del riesgo así creado. Si la adecuación se concibe como un elemento incrustado en la causalidad, entonces dicho baremo no puede sino entenderse en términos puramente descriptivos y de modo indiferenciado ante la clase de norma involucrada en el caso concreto. Esta premisa conceptual explica que autores como TRAEGER y RÜMELIN hayan favorecido el baremo uniforme de la «probabilidad no irrelevante o considerable» de que suceda el resultado típico. Pero si la adecuación se concibe en clave normativa, tal como ya lo propuso MÜLLER, entonces la aplicación del baremo conduce a una suerte de *balance* entre, por un lado, la importancia del fin de protección de la norma y, por otro, el sentido práctico del ejercicio de la libertad de acción del agente. Así planteada la pregunta, el punto es si el comportamiento desplegado por el agente contraviene objetivamente la norma jurídica de conducta, de modo tal que si, de un lado, se trata nada menos que de la protección de la vida de otra persona y, del otro, la razón en virtud de la cual se ejecuta la acción no tiene un peso tal como para tildar a esta última de tolerada, entonces es suficiente con que surja un riesgo incluso bajo de que suceda el resultado típico. Es decir, en tal caso no habría contravención a la norma jurídica sólo si aquél se mantuviese igual o incluso disminuyese a consecuencia del comportamiento del agente. En cambio, si, por un lado, sólo está en juego la protección de la integridad física y, por otro, la acción desplegada por el agente presta alguna utilidad social, como ocurre, por ejemplo, en el ámbito de las actividades deportivas, entonces el *quantum* del riesgo creado por este ha de ser comparativamente mayor para satisfacer este filtro de adecuación.

Este *primer* filtro de adecuación, que entonces es relativo al *comportamiento* del agente y de carácter eminentemente *objetivo*, es sistemáticamente anterior a cualquier consideración de orden subjetivo, esto es, a la concurrencia de dolo o sólo de culpa en el agente. En consecuencia, si la aplicación de este filtro se traduce, en el caso concreto, en la calificación de la acción o la omisión del agente como objetivamente contraria a la norma jurídica, entonces este juicio no puede verse alterado por la circunstancia netamente subjetiva de que este no haya previsto o incluso no haya podido prever el suceso del resultado antijurídico. En buenas cuentas, la eventual atribución de responsabilidad se funda aquí en la ejecución de un acto *ilícito*, por ser objetivamente contrario a la norma, y en la *causalidad*, incluyendo el caso en que el resultado típico, *i.e.* el «daño mayor» al implicado en la realización de la conducta ilícita, ocurre de un modo completamente *imprevisible* para el agente. Es decir, opera con la lógica del *versari in re illicita*, que es un principio de atribución de una clase de responsabilidad situada justo por debajo de la culpa entendida en un sentido subjetivo e individual. Si uno se anima a llamar las cosas por su nombre y asume la existencia de este estrato de responsabilidad, en definitiva, tal premisa implicaría a su vez reconocer que, no sólo en el Derecho civil, sino también en el ámbito del

Derecho penal, *siempre* ha existido un espacio para lo que modernamente se llama responsabilidad *estricta*, o, en la nomenclatura angloamericana, *strict liability*¹⁵⁸.

Ahora bien, de lege lata, si el caso concreto ha de resolverse de acuerdo a las reglas de la parte general de un código que incluye una cláusula expresa de limitación de la responsabilidad penal a la culpa o imprudencia del agente, tal como sucede, por ejemplo, con el art. 5 del Código Penal español actualmente vigente, pues entonces un caso como el de «la ampollita» o del «militar hemofílico», mencionado al comienzo, restaría impune. Pero, si en dicha parte general se cuenta todavía con una regla como la del art. 71 del Código Penal chileno, que se coloca en el supuesto en que falta uno de los requisitos de la eximente de «caso fortuito» del art. 10 núm. 8, como es precisamente el caso en que la acción ejecutada por el sujeto es ilícita por ser tildada de objetivamente contraria a la norma jurídica, pues en este otro contexto regulativo sí habría espacio para atribuir responsabilidad por el resultado de la muerte de otra persona¹⁵⁹. La regla invocada, a su vez, se remite a las normas de sanción del art. 490 CP, es decir, por sí misma no determina cuál de las penas allí señaladas resultaría aplicable en un caso como ese. Al remitirse a las normas de sanción previstas para la imprudencia en el ámbito de los delitos contra las personas, de alguna manera, sirve de fundamento para que el tribunal pueda castigar a la persona del agente a este título a pesar de que, en el caso concreto, no hay propiamente culpa o imprudencia, habilitando así a dicho castigo «*como si hubiera culpa*». En el caso de la muerte de otra persona, como sucede en los dos ejemplos traídos a colación, se contempla un marco penal a su vez compuesto de dos penas, siendo imperativo aplicar la pena mínima en tales casos, para así evitar darle un tratamiento punitivo común a casos en que el resultado típico es previsible y a supuestos en que este es imprevisible.

La pregunta crucial que ahora se plantea concierne al tratamiento punitivo que habría que concederle al agente que, en cualquiera de los ejemplos, sí se entera o sabe, «por casualidad», de la constitución especial de la víctima u otra circunstancia concomitante puramente individual del caso concreto. En esta variante del grupo de casos de los cursos causales irregulares, es preciso advertir que, en estricto rigor, la faz *objetiva* no se ve modificada por la circunstancia puramente subjetiva de que el agente sepa de la circunstancia netamente individual del caso que, en definitiva, explica el resultado típico. En el «caso de la ampollita», la acción del agente consistente en arrojar un vaso del tamaño antes indicado y a la distancia señalada respecto del cuerpo de la víctima, sigue radicando en la conducta de lanzar una cosa hacia el cuerpo de ésta y la circunstancia de que, por decirlo así en términos muy rudimentarios, en la representación del agente esté la circunstancia e incluso este se diga a sí mismo, en el momento de ejecución de la acción, «ella tiene una sien con la pared craneana muy delgada», no modifica en una pizca las relaciones ontológicas del caso concreto. Y otro tanto sucede en el caso del «militar hemofílico». La bofetada o el golpe que el agente le propina a éste sigue siendo eso: un golpe de manos en el labio inferior del otro. Desde una perspectiva *ex ante*, en ambos casos, sigue tratándose de un supuesto en que, para la integridad física de la víctima, existe una posibilidad alta de que ocurra una lesión corporal, al tiempo de que la misma acción del agente crea un riesgo bajo de que suceda la muerte de aquélla. Desde una perspectiva *ex post*, en cambio, la consecuencia es exactamente la misma, y la pregunta estriba en si el agente ha de responder o no por el resultado de muerte de otra persona.

¹⁵⁸ Cfr. HUSAK, «Varieties of Strict Liability», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, (8-2), 1995, pp. 193 ss., 199 ss.

¹⁵⁹ Plenamente coincidentes QUINTANA/ROJAS, *LH Rodríguez Collao*, 2023, pp. 470 ss.; VAN WEEZEL, *Curso de Derecho penal, parte general*, 2023, pp. 470 ss.

Pues bien, en la presente variante de ambos casos, en que, a la irregularidad del curso causal, se suma el *conocimiento* del agente acerca de la circunstancia concomitante puramente individual del caso concreto, además de la cuestión previa del fundamento de la responsabilidad, se plantea la pregunta por el tratamiento punitivo justo del caso. La búsqueda de una solución penológica adecuada al caso presupone recordar que la variante originaria, esto es, en que el suceso del resultado típico ocurre sin que el agente tenga conocimiento de la circunstancia concomitante puramente individual, se ubicaba en el borde *externo* de la responsabilidad por culpa en términos tales de que, si había castigo, este implicaba darle el tratamiento punitivo previsto para la imprudencia «como si hubiera culpa». En tal variante, se postulaba, por ende, la aplicación de la pena mínima prevista para el «delito culposo de resultado», a fin de evitar el tratamiento punitivo común a casos subjetivamente desiguales, esto es, el mismo castigo para el agente que pudo prever el resultado típico y para aquel que no pudo hacerlo. Pues bien, en el supuesto en que el agente, por el contrario, sí tuviese conocimiento de la constitución especial de la víctima, sería muy difícil de explicar el salto que se produciría desde esa pena a las «penas del infierno» contempladas para el parricidio o femicidio, incluso el homicidio doloso, por el solo factor de que dicha circunstancia concomitante estaba, *ex ante*, en la representación del agente. De manera implícita, el tipo de homicidio y, sobre esta base, los tipos de parricidio y de femicidio, se encuentran contruidos sobre el trasfondo empírico de la creación de un *riesgo elevado* de que suceda el resultado de muerte a consecuencia de la acción o por la omisión del agente. A este nivel relevante de riesgo se agrega la exigencia de dolo, que entonces a su turno supone que el agente sabe que con su comportamiento crea un riesgo relevante, no meramente para la integridad física de la víctima, sino que para la vida de ésta. Sólo así, es decir, solamente en la medida en que exista algo así como correspondencia entre dicha faz objetiva y la faz subjetiva del agente, en breve, en tanto concurra *dolo* propiamente tal, se justifica la aplicación de las penas mucho más elevadas previstas para el homicidio doloso y, con mayor razón aún, para el parricidio o femicidio. En la variante de los casos aquí ventilados, tal correspondencia simplemente no concurre; es decir, no hay propiamente dolo¹⁶⁰.

Por otra parte, la aplicación de las penas contempladas para el homicidio doloso, parricidio o femicidio, a esta variante nada más que *subjetiva* de los cursos causales irregulares implicaría dar el mismo tratamiento punitivo a casos objetiva y subjetivamente distintos. En el plano objetivo, dicho tratamiento común implicaría igualar, para efectos penológicos, los casos en que se crea un riesgo elevado para la vida de otra persona con supuestos en que este riesgo es, *ex ante*, más bien bajo. En la faz subjetiva, asimismo, es distinto saber que uno despliega una acción que es desde la partida sumamente peligrosa para la vida de otro que estar al tanto de una circunstancia concomitante que podría convertir la propia acción en sumamente peligrosa para este mismo bien.

De ahí que la solución penológica adecuada a esta variante *subjetiva* del presente grupo de casos se mantenga en la órbita de las penas previstas para el homicidio imprudente, pero aplicadas en su techo, esto es, colindantes con el dolo pero aún bajo el piso fijado para éste, es decir, en el CP chileno, la pena máxima del art. 490.1 y en su techo. Si en la parte especial de la legislación penal existiese una norma de sanción prevista justamente para el supuesto estructuralmente intermedio entre homicidio y lesiones corporales, como es el caso del actual § 227 StGB, sobre lesiones seguidas de muerte, o del art. 81 núm. 1 letra b) del Código Penal argentino, pues en ese

¹⁶⁰ Así, ENGISCH, *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1948, p. 210, en la variante de un caso de bofetada a un hemofílico en que el agente tuviese “casualmente” conocimiento de esta circunstancia.

escenario legislativo bien podrían resultar aplicables las penas allí contempladas, siempre que su cuantía se mantenga por debajo de las penas contempladas para el homicidio doloso.

6.2. La relación de riesgo, constatada ex post, como criterio único de delimitación de la responsabilidad por los delitos calificados por el resultado

Las vicisitudes que plantea el grupo de casos de los cursos causales irregulares simplemente no se presentan en el ámbito de los delitos calificados por el resultado. Esto porque la existencia de esta clase de normas de sanción penal supone la decisión del propio legislador en orden a criminalizar derechamente el *peligro* que surge de la realización del comportamiento del agente. En nomenclatura técnica, supone la formulación de un *tipo base*, cuyo tenor ya hace referencia a un comportamiento *peligroso*, frecuentemente, para diversos bienes jurídicos, colectivos o individuales. Desde un punto de vista *material*, es el propio legislador quien ha colocado los intereses en juego en la balanza y ha sopesado el grado de realización del fin de protección *versus* el grado de sacrificio de la libertad de acción del ciudadano, de modo tal que al tribunal no le queda mucho más margen que constatar si esa ponderación que el legislador ha trazado en un plano abstracto también vale en el caso concreto. Mediante la formulación de la norma prohibitiva que subyace al tipo base, el legislador ha manifestado y declarado su plena disposición a restringir la libertad de acción del ciudadano a fin de salvaguardar diversos bienes jurídicos. En particular, ha fijado el nivel de riesgo que considera relevante para la clase de bienes jurídicos tutelados por la norma prohibitiva, de manera tal que la tarea del tribunal se acota a corroborar, en el plano concreto, la «solución de compromiso» recogida en el tipo base. Dicho de otra manera, el *primer* filtro de adecuación se encuentra ya legislado en el tipo, de modo que el tribunal queda liberado de la carga de ventilarlo en el caso concreto, de formular el juicio de ponderación que sí resulta imperativo en el grupo de casos de los cursos causales irregulares.

Pero, además, junto con ofrecer una solución, *prima facie*, materialmente adecuada del conflicto de intereses que funge como trasfondo del tipo, en casi todos los ejemplos imaginables, las normas de sanción penal así legisladas exigen *dolo* en la realización del hecho descrito por el tipo base. En la perspectiva de la legitimación material de esta clase de normas de sanción, este aspecto subjetivo es muy relevante, pues el principio de culpabilidad reza, en su formulación originaria, que no puede imponerse pena sin culpa. A diferencia de lo que sucede con los cursos causales irregulares, que en cierta medida se ubican en la frontera de la responsabilidad por culpa, aquí la aplicación de la pena mayor contemplada, por ejemplo, para el manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte o de lesiones gravísimas, presupone la concurrencia no sólo de culpa, sino que de dolo en la realización del tipo base. En la medida en que el agente realice dolosamente el comportamiento descrito por el tipo base, la aplicación de la pena mayor contemplada para el caso en que ocurra el resultado cualificado a consecuencia de este no implica contravención al principio de culpabilidad en su vertiente de exigencia de dolo o culpa, pues precisamente hay dolo. En otras palabras, no se trata aquí de responsabilidad *objetiva* o estricta, clase de responsabilidad que por el contrario prescinde por completo de la dimensión subjetiva del agente.

Tradicionalmente, no obstante, la doctrina ha invocado el principio de culpabilidad con la pretensión de limitar el alcance de esta clase de normas de sanción penal agravada, bajo el argumento de que esta observaría sólo *fragmentariamente* dicho principio al exigir por lo menos dolo respecto del «hecho base», pero no expresamente culpa respecto del suceso del resultado cualificado. Si se es consecuente con esta crítica, entonces la observación del principio tendría que traducirse, por vía interpretativa o sólo de lege ferenda, en la exigencia de culpa o

imprudencia como componente *adicional* al dolo que ya concurre en la realización del tipo base. En tal escenario, existen sólo dos opciones sistemáticas de ubicación de la culpa o imprudencia como requisito agregado: o se exige su concurrencia ya en el momento de realización dolosa del comportamiento descrito en el tipo base o se exige después de ésta, pero antes de que suceda el resultado cualificado. Es decir, o se exige algo así como una culpa o imprudencia *simultánea* al dolo del tipo base o se constata una culpa o imprudencia *posterior* a éste, pero anterior al resultado cualificado, esto es, algo así como una «culpa en el resultado».

Sin embargo, la culpa se define, tradicionalmente, por la falta al *cuidado* exigido o, en una versión normativa, por la infracción del *deber* de cuidado¹⁶¹. Así comprendida, en la versión sistemática de una culpa *simultánea* al dolo del agente, la exigencia de este requisito supondría que el ordenamiento jurídico le impone a este el deber de obrar con cuidado en el momento de ejecutar dolosamente el comportamiento típico, en el sentido de adoptar medidas, *ex ante*, para evitar que suceda el resultado cualificado. Es decir, a pesar de que el agente obra con conocimiento del peligro que crea con su acción para los bienes jurídicos tutelados por la norma subyacente al tipo base e incluso ha adoptado una posición subjetivamente *contraria* a la subsistencia de estos, el ordenamiento jurídico igualmente le exigiría que obre de tal forma de evitar que «las cosas empeoren aún más», esto es, que no obstante sea *cuidadoso* con tales bienes. Por ejemplo, la persona que ha decidido abandonar al infante de 3 años de edad en el medio del bosque, tendría que prestar atención a las condiciones imperantes en el lugar, de tal forma que la integridad del niño quede no obstante incólume. O, al sujeto que intencionalmente emplea fuego para destruir un lugar no habitado, el ordenamiento jurídico le pediría, de alguna manera, que «ponga pausa» al desarrollo del incendio para así alcanzar a verificar si en ese lugar se encuentran o no personas que pudieran resultar gravemente lesionadas o incluso sufrir la muerte. Otro ejemplo: al sujeto que ha decidido manejar un vehículo en estado de ebriedad, esto es, con infracción de la prohibición expresa de conducir en tal estado del art. 111 de la Ley de Tránsito, el ordenamiento jurídico le recordaría que, no obstante encontrarse en un estado de control extremadamente deficiente del vehículo, la misma Ley le exige «conducir atento a las condiciones del tránsito». En síntesis, al ciudadano rebelde frente al ordenamiento jurídico, este le exigiría ser no obstante un «buen ciudadano». Esta exigencia agregada de dolo y de culpa, *ex ante*, en la misma persona del agente y en el momento de creación del peligro para bienes jurídicos ajenos, suena contradictoria, pues abriga la esperanza de que, de algún modo, el ciudadano rebelde pueda desdoblarse en un buen ciudadano. No parece tener mucho sentido exigir la infracción de un deber de cuidado adicional, máxime si el estándar de conducta ya se encuentra cristalizado en el tipo base.

Tampoco adquiere sentido la exigencia de una culpa o imprudencia *posterior* al dolo, pero anterior al resultado cualificado. En el caso del abandono del niño de 3 años en el medio del bosque, tal exigencia supondría que el ordenamiento jurídico le pide al agente que, si bien no en el momento mismo de la acción, sí luego se quede en el lugar y, por su parte, no lo abandone con el objeto poder adoptar cualquier medida que neutralice el peligro ya creado con su acción. En el ejemplo del incendio, la cuestión se vuelve más paradójica aún, puesto que la pena mayor asignada al supuesto cualificado presupone la realización del tipo base de incendio y este, a su vez, sólo se comete cuando el agente ha perdido el control del fuego que ha iniciado previamente, de modo que el requisito de una culpa posterior al dolo, pero anterior al resultado cualificado, se traduciría en el mensaje que el ordenamiento jurídico le emitiría al agente justo en ese tránsito para que, de alguna manera, «recupere el control del fuego» o al menos adopte medidas para desviar el curso causal en una dirección distinta a la del lugar donde se encuentran, quizás,

¹⁶¹ Cfr. la evolución dogmática de la culpa en BUSTOS RAMÍREZ, *El delito culposo*, pp. 23 ss.

personas, por ejemplo, lanzando agua al sendero que conduce a dicho lugar. En un supuesto de manejo en estado de ebriedad, tal exigencia implicaría que, luego de que el agente ha emprendido la marcha del vehículo en ese estado, el ordenamiento jurídico, de algún modo, tratase de emprender un diálogo con el «borracho», digámoslo así, para que preste atención, quizás disminuya la velocidad o, mejor, que detenga la marcha e incluso se baje del automóvil con el objeto de verificar si, eventualmente, se encuentra en la vía alguna otra persona, quizás también ebria, y luego de verificar que, aparentemente, «la vía está despejada», reinicie la marcha o regrese al vehículo para proseguir en condiciones tales de que «las cosas no empeoren aún más». Puede que la exigencia de un deber de cuidado posterior al «comportamiento base» tenga algún sentido práctico. Pero, como se puede ver en los ejemplos, esta concepción sólo se podría mantener al costo de asumir que el ordenamiento jurídico emite mensajes contradictorios entre sí a sus ciudadanos.

La alternativa a cualquiera de esos caminos supone recordar que la aplicación de la norma de sanción penal agravada por el resultado cualificado presupone que, en el caso concreto, se han realizado *todos* los elementos objetivos del tipo base y que el agente ha obrado dolosamente en relación con estos elementos. Sobre este trasfondo, sencillamente no queda espacio para la verificación adicional de una infracción del deber de cuidado, en la forma de la culpa o imprudencia. Esta, por decirlo así, ya está implicada en la realización del tipo base. Por ende, y a diferencia de lo que sucede con los cursos causales irregulares, aquí no se encuentra en juego la responsabilidad del agente, sino sólo la aplicación o no de una pena mayor por el suceso del «daño mayor».

Ahora bien, detrás de la exigencia de una «culpa en el resultado» se esconde la misma preocupación que en su época tuvieron autores como RADBRUCH, MÜLLER y ENGISCH en orden a exigir alguna «relación de adecuación» en el curso causal, y no sólo respecto del comportamiento del agente. Pues bien, precisamente esta exigencia es adicional a la causalidad y se formuló en los términos ya sea del requisito de *realización* del peligro específico incluido por el tipo base o en clave de una «relación de antijuridicidad» sumada a la previa contravención objetiva a la norma jurídica. Como se trata de una exigencia acoplada a la causalidad, su verificación corre, metodológicamente, la misma suerte de esta en orden a comprobarse desde una perspectiva *ex post*¹⁶².

En general, el elemento de la «realización del peligro incluido por el tipo base» no resulta problemático en el ámbito de los delitos calificados por el resultado. Así, por ejemplo, en el «caso terrible de abandono» incluido al comienzo, la muerte del bebé es un suceso cuya posibilidad objetiva abre el comportamiento peligroso del agente que lo deja en el lugar aún no solitario pero acompañado de circunstancias favorecedoras de tal resultado. Otro tanto sucede en el caso del incendio con resultado de muerte, y con mayor razón aún. Puesto que, para recurrir a una expresión acuñada por VON KRIES, el tipo base de incendio describe una situación de «*peligro absoluto*», cuya creación ocasiona una posibilidad altísima de que sucedan los resultados de muerte o lesiones graves en otras personas, como es precisamente el caso. Respecto de ambas normas de sanción cualificada, sólo los casos que según el propio VON KRIES pueden atribuirse a lo que él llamaba «azar absoluto» podrían ser óbice a la configuración del elemento en cuestión, como, por ejemplo, en el supuesto del rayo u otro equivalente, como podría ser el caso del suicida

¹⁶² Desafortunadamente, ENGISCH nunca llegó a puerto con la exigencia de una relación de adecuación en sentido *estricto*. Al concebirla sólo como una especificación de la adecuación en sentido amplio, nunca pudo despegarla de la perspectiva *ex ante* de análisis que supuestamente sería propia de este vínculo.

que aprovecha la ocasión del incendio para morir calcinado en el lugar. Y, aún en tales casos, hay que recordarlo, lo único que se encontraría en juego es la aplicación de la pena mayor contemplada por el suceso del resultado cualificado; pues, en la medida en que se presupone la concurrencia de los elementos del tipo base, queda intacta la responsabilidad a este título.

El problema más peliagudo se presenta en los supuestos de «concurrencia de riesgos», tal como sucede en todos los casos ventilados por la jurisprudencia a título de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte o lesión gravísima, mencionados al comienzo –*supra* 3.3. Aquí no está para nada demás recordar, nuevamente, que no se encuentra en juego la cuestión de la responsabilidad, que se mantiene siempre en pie, sino sólo la aplicación o no de una pena mayor por el suceso de tal resultado agravado. En este ámbito, carece por completo de sentido hacerse la pregunta por lo que habría sucedido en el supuesto contrafáctico de un comportamiento alternativo del agente conforme a deber. El origen de esta pregunta se remonta a la necesidad de verificar la concurrencia de una «relación de contrariedad a deber» en supuestos límite de la responsabilidad por un delito culposo o imprudente, como sucede en los famosos casos de los «pelos de cabra» y del «camionero y ciclista ebrio»¹⁶³. En ambos casos se planteaba un cierto grado de *incerteza* ya respecto de la contravención al deber de cuidado por parte del agente, pues, en el primero, su cumplimiento no habría surtido ningún efecto neutralizante de la bacteria, y, en el segundo, si bien el camionero adelantó al ciclista sin respetar la distancia mínima prudente, no conducía a exceso de velocidad, es decir, mal que mal, observó por lo menos este otro límite. Ante la incerteza que se plantea ya en el plano de la infracción del deber de cuidado, resulta plenamente comprensible que se postule un estándar bien elevado para la configuración de la «relación de contrariedad a deber», como es la exigencia de *evitabilidad* del resultado con una «probabilidad rayana en la certeza» en el supuesto hipotético de cumplimiento del deber de cuidado¹⁶⁴.

¹⁶³ Cfr., recientemente, FRISCH, *Strafrecht*, 2022, pp. 107 ss. (respecto del caso del ciclista, entre otros), pp. 758 ss. (respecto del caso de los «pelos de cabra», entre otros).

¹⁶⁴ Resulta interesante hacer un contrapunto entre las soluciones de los tribunales supremos en ambos casos. En el fondo, RGSt. 63, 211, en el caso de los «pelos de cabra», opera con la lógica de lo que mucho después se llamaría teoría del incremento del riesgo. En efecto, la Corte de Apelaciones había absuelto al fabricante, porque no se había logrado comprobar con una «probabilidad rayana en la certeza», tal como se exige para la convicción judicial, que el «peligro de contagio» se habría excluido en el caso de una desinfección con alguno de los tres procedimientos previstos en la ordenanza respectiva, de modo que la conexión causal entre la *imprudencia* y el resultado no se habría verificado con la «necesaria certeza». Luego de hacer ver que, según la teoría de la condición o de la equivalencia, el fabricante ha colocado una condición del resultado, el RG moteja a la Corte que no basta, para descartar el nexo causal, la mera «posibilidad de una causa que habría tenido la misma consecuencia», sino que tal nexo decae sólo cuando existe certeza o una probabilidad rayana en la certeza de que el resultado también hubiese sucedido en el caso de una conducta «no culpable», esto es, conforme a deber. Si se exige este nivel de certeza para descartar el nexo causal, entonces, *a contrario sensu*, para su comprobación, o, más bien, para su *reafirmación*, basta con la concurrencia del «peligro de contagio» que derivó de la conducta culpable, contraria a deber; esto es, para verificar la causalidad entre imprudencia y resultado no es preciso tal nivel de exigencia, una «necesaria certeza», sino un grado comparativamente menor de certeza, es decir, sólo una probabilidad alta o relevante. Lo que pasa es que, tal como lo advierte MITTASCH, «Der Nachweis der Ursächlichkeit beim fehlerhaften Risiko», *Heft der deutschen Rechtswissenschaft*, (8), 1943, pp. 48 ss., darse por satisfecho con tal grado menor de certeza para la comprobación de la causalidad implica reconocer matices al principio de convicción judicial, por lo menos en esta clase de casos. Es precisamente esta decisión de RGSt. 63, 211, entre otras, la que es invocada por el OLG Hamm, en el otro caso, para sostener que el nexo causal entre la conducta infractora de las reglas del tráfico y el resultado perjudicial *siempre* concurre en tanto no conste con certeza o una probabilidad rayana en la certeza de que el resultado hubiese sucedido sin tal conducta, esto es, en el caso de cumplimiento de dichas reglas; la mera posibilidad de que en este caso el resultado también hubiese sucedido no permite descartar tal nexo. Luego de citar varios fallos que se pronuncian en sentido contrario, esto es, en el sentido de que la «causalidad de la conducta culpable» sólo puede confirmarse en tanto conste con una probabilidad rayana en la certeza de que el resultado no hubiese sucedido en el caso de una conducta ajustada a deber, en BGHSt. 11, 1, se recuerda la vigencia del principio de convicción judicial para la comprobación de la causalidad y que, por lo tanto, en caso de duda

Tratándose de delitos calificados por el resultado, como se decía, ya la formulación de dicha pregunta no es pertinente. Pues aquí el agente no sólo ha faltado, como diría ENGISCH, al cuidado exigido en un sentido objetivo, sino que lo ha infringido de modo patente y, además, dolosamente. En este ámbito, el agente ha realizado un delito doloso, por el cual responde sí o sí, al concurrir todos los elementos del tipo base. Ante el caso del sujeto que ha destruido intencionalmente un lugar mediante el uso del fuego, no tendría ningún sentido preguntarse por lo que habría sucedido si no hubiese provocado un incendio de ese modo. Más aún en el caso del manejo en estado de ebriedad: ¿qué sentido podría tener la pregunta por lo que hubiese ocurrido en el supuesto alternativo de que, en vez de «emborracharse y luego conducir un vehículo en ese estado», el agente hubiese conducido en el estado contrario de sobriedad? La impertinencia de la pregunta se refleja en la obviedad de la respuesta: en tal caso no habría cometido delito alguno. Por lo tanto, aun cuando se admitiese la pregunta, esta no podría conducir a una comparación entre la realización de un delito y una conducta alternativa conforme sólo a algún deber de cuidado, sino que derechamente con el caso en que el agente prescinde de realizar ya el comportamiento típico. Y en tal supuesto hipotético, por cierto que el resultado cualificado se habría evitado en ausencia del comportamiento descrito en el tipo base. Pero, en definitiva, tal análisis se volvería idéntico a la verificación de la causalidad en concreto, y ya no se trataría de la comprobación de un elemento adicional a ésta.

En todo caso, dado que la aplicación de la pena mayor presupone *certeza* acerca de la realización del tipo base, no se trata de un campo donde tenga sentido exigir el estándar tan elevado de la teoría de la evitabilidad. Como aquí sólo está en cuestión la aplicación de dicha pena, o no, entonces un baremo o estándar algo menos elevado es más que suficiente. Este baremo no es otro que el *principio* del incremento del riesgo acuñado por ROXIN en 1962, pero con la diferencia de que este enorme jurista lo había formulado con la pretensión de aplicarlo en todo el campo del delito imprudente, porque en la era de formulación de la teoría de la «imputación objetiva» de cuño moderno se había perdido de vista la discusión en torno a los diversos grupos de casos que fueron el «caldo de cultivo» de la precursora teoría de la causalidad adecuada. De cierta forma, los delitos calificados por el resultado constituyen el ámbito *propio*, «casi natural», de aplicación de este principio. Mas lo único que ha quedado en la penumbra a lo largo de más de medio siglo es el punto de en qué consiste, empíricamente, ese «*plus* de riesgo» que trasciende la mera creación del peligro no permitido y que permitiría fundar la «imputación» del resultado en los casos dudosos de concurrencia de riesgos. Pues bien, ese *plus*, ese *incremento* del riesgo no es otro que la *diferencia* entre la posibilidad objetiva de que suceda el resultado y la posibilidad de que este no ocurra, que *favorece* la realización del resultado, en los términos acuñados por VON KRIES en el lapso entre 1886 y 1888. La «relación de antijuridicidad» o, mejor, la «relación de riesgo» supone la existencia de una *diferencia* entre las posibilidades objetivas de que el resultado suceda y, por ende, de que el bien jurídico se vea afectado, y las posibilidades de que no ocurra y, por lo tanto, de que éste quede incólume. Esta relación de riesgo concurre en *todos* los casos ventilados por la jurisprudencia a título de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte o lesión gravísima, relatados en la «parte casuística» del presente trabajo.

sería debe decidirse a favor del acusado –i.d.p.r.–; tal grado de duda no se alcanza recién cuando prevalecen circunstancias que hablan en contra de la causalidad, sino ya cuando concurren dudas que razonablemente excluyen la convicción exigida de una probabilidad rayana en la certeza de que el resultado no habría ocurrido, cuestión que se daba en el caso concreto, puesto que por las circunstancias en las que conducía el ciclista, en el supuesto hipotético de una conducta del camionero ajustada a las reglas del tráfico vial, existía la probabilidad relevante de que el accidente también habría ocurrido.

7. Conclusiones

1. El grupo de casos de los «cursos causales irregulares» se ubica en el borde *externo* de la responsabilidad por culpa. En esta medida, estos casos son altamente sospechosos a la luz del principio de culpabilidad, que exige, para la aplicación legítima de una pena, al menos culpa. Como dicho principio exalta la dimensión personal y subjetiva del agente, la culpa entendida en este sentido no concurre en estos casos. Si uno no quiere jugar a «verse la suerte entre gitanos», la única vía plausible para fundar responsabilidad en tales casos pasa por asumir la existencia de un estrato de responsabilidad situado justo por debajo de la culpa. Además de la causalidad, esta clase de responsabilidad presupone, al menos, que el comportamiento desplegado por el agente sea *objetivamente* contrario a la norma jurídica de conducta.
2. En cambio, la formulación legislativa de los delitos calificados por el resultado *no contraviene* el principio de culpabilidad, puesto que la aplicación de la norma de sanción penal agravada por ese factor presupone la concurrencia de *dolo* en la realización del tipo base correspondiente. En este otro grupo de casos, no se encuentra en juego la cuestión de la responsabilidad, sino sólo la aplicación o no de dicha pena mayor. Concurriendo *todos* los elementos objetivos y subjetivo del tipo base, lo único que al tribunal le queda por «chequear», en el caso concreto, es si efectivamente se ha realizado el peligro allí descrito en el resultado cualificado y, en los supuestos más problemáticos de «concurrencia de riesgos», sólo si concurre o no la relación de riesgo en el sentido del *principio* del incremento del riesgo.
3. La reformulación normativa de la teoría de la causalidad adecuada, por obra de los juristas de principios del siglo pasado, se tradujo en la articulación de *propiedades* o *atributos* de carácter normativo del comportamiento del agente, por un lado, y de la relación de causalidad, por otro: en este orden, el carácter del comportamiento de ser objetivamente contrario a la norma jurídica y la conexión de *antijuridicidad* o relación de riesgo, acoplada al curso causal. Ambos elementos tienen un substrato *empírico* al que se le agrega el carácter de ser *antinormativo*. Por ende, salvo en la inflexión filosófica de LARENZ, la teoría de la «imputación» objetiva, en su origen al menos, *nunca* ha sido una teoría de la *imputación* en el sentido del subtítulo de esa obra monumental que es el *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, JAKOBS.

8. Bibliografía

BELLO, *Filosofía del entendimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

BUSTOS RAMÍREZ, *El delito culposo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

CONTRERAS CHAIMOVICH, «Tratamiento penal de los casos de concurrencia de riesgos en el tráfico rodado a través de la teoría de la imputación objetiva del resultado», *Revista de Estudios de la Justicia*, (30), 2019, pp. 95-110.

COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal chileno*, t. I, Editorial Jurídica, Santiago, 1975.

ENGISCH, «Straf- und Strafprozessrecht», *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, (3-4), 1948, pp. 207-210.

———, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1931.

FRISCH, *Strafrecht. Examenswissen/Examenstraining*, Vahlen, München, 2022.

GIMBERNAT ORDEIG, «Los orígenes de la teoría de la imputación objetiva», en ÁLVAREZ GARCÍA *et al.* (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 84-104.

———, *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*, Editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011.

———, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 2ª ed., Editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2007.

HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986.

HEIDELBERGER, «From Mill via von Kries to Max Weber: Causality, Explanation, and Understanding», en FEEST (ed.) *Historical Perspectives on Erklären and Verstehen*, Springer, Heidelberg-London-New York, 2010, pp. 241-265.

———, «Origins of the logical theory of probability: von Kries, Wittgenstein, Waismann», *International Studies in the Philosophy of Science*, (15-2), 2001, pp. 37-52.

HONIG, «Kausalität und objektive Zurechnung», en HEGLER (ed.) *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, t. I, Mohr, Tübingen, 1930, pp. 174-201.

HUSAK, Douglas, «Varieties of Strict Liability», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, (8-2), 1995, pp. 189-225.

KEYNES, *A Treatise on probability*, Macmillan, London, 1921.

KORIATH, *Kausalität und objektive Zurechnung*, Nomos/Dike, Baden-Baden, 2007.

VON KRIES, *Logik*, Mohr, Tübingen, 1916.

———, «Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (9), 1889, pp. 528-537.

———, «Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben», *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie*, (12-4), 1888, pp. 179-241, pp. 287-323, pp. 393-428.

———, *Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung. Eine logische Untersuchung*, Mohr, Freiburg, 1886.

LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, tesis doctoral, Georg-August-Universität Göttingen Universität, 1927.

LÜBBE, «Die Theorie der adäquaten Verursachung. Zum Verhältnis von philosophischem und juristischem Kausalitätsbegriff», *Journal for General Philosophy of Science*, (24-1), 1993, pp. 87-102.

MEZGER, *Strafrecht*, 3ª ed., Duncker & Humblot, Berlin-München, 1949.

MILL, *System der deductiven und inductiven Logik*, v. I, 8ª ed., trad. por Schiel, Vieweg und Sohn, Braunschweig, 1877.

MITTASCH, «Der Nachweis der Ursächlichkeit beim fehlerhaften Risiko», *Deutsche Rechtswissenschaft*, (8), 1943, pp. 46-54.

MODELELL, *Manual de Derecho penal, Teoría del delito*, DER ediciones, Santiago, 2024.

MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, Mohr, Tübingen, 1912.

PUPPE, *Strafrechtsdogmatische Analysen*, V&R unipress Bonn University Press, Göttingen, 2006.

QUINTANA/ROJAS, «Aproximación a la responsabilidad estricta en el Derecho penal chileno: una re-interpretación del art. 71 en relación con el art. 10 N.º 8 del Código Penal chileno», en OLIVER CALDERÓN/MAYER LUX/VERA VEGA (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Collao*, Jurídica de Chile, Santiago, 2023, pp. 447-478.

RADBRUCH, «Erfolgshaftung», *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, t. II, Von Otto/Liebmann, Berlin, 1908, pp. 227-253.

———, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, Guttentag, Berlin, 1902.

RETTIG, *Derecho penal, parte general*, t. II, DER ediciones, Santiago, 2019.

ROXIN, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», en BARTH (ed.), *Festschrift für Richard M. Honig*, Otto Schwartz, Göttingen, 1970, pp. 133-150.

———, «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (74-3), 1962, pp. 411-444.

RÜMELIN, «Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Zivilrecht», *Archiv für die civilistische Praxis*, (90-2), 1900, pp. 171-344.

———, *Der Zufall im Recht*, J.C.B. Mohr, Freiburg-Leipzig, 1896.

TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, (39-1), 1986, pp. 33-48.

TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, Marburg, 1904.

URIBE, *De los delitos calificados por el resultado*, Editorial Universitaria, Santiago, 1957.

WEBER, «Kritische Studien auf dem Gebiet der kulturwissenschaftlichen Logik. 1906», en WINCKELMANN (ed.) *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 7ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1988.

VAN WEEZEL, *Curso de Derecho penal. Parte General*, Ediciones UC, Santiago, 2023.

WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

Las contribuciones de la toma de decisiones deliberadas al concepto de dolo y a la prueba en torno a las conductas dolosas

Sumario

-

Este estudio analiza las contribuciones de la neurociencia y la psicología cognitiva en los procesos de toma de decisiones deliberadas. Con base en estos hallazgos, se examina su influencia en la configuración del concepto de dolo y en la actividad probatoria en torno a las conductas dolosas.

Abstract

-

This study analyses the contributions of neuroscience and cognitive psychology to the processes of deliberate decision-making. Based on these findings, it examines their influence on the shaping of the concept of dolus and on its evidentiary activity.

Zusammenfassung

-

In diesem Aufsatz werden die Beiträge der Neurowissenschaften und der kognitiven Psychologie zu den Prozessen der bewusste Entscheidungsfindung analysiert. Ausgehend von diesen Erkenntnissen wird ihr Einfluss auf die Ausgestaltung des Begriffs des Vorsatzes und auf die Beweistätigkeit in Bezug auf vorsätzliches Verhalten geforscht.

Title: *The contributions of deliberate decision-making to the concept of dolus and its evidentiary activity*

Titel: *Beiträge der bewusste Entscheidungsfindung zum Begriff des Vorsatzes und zum Beweis des vorsätzlichen Verhaltens*

-

Palabras clave: dolo, prueba, toma de decisiones, proceso penal, deliberación

Keywords: dolus, evidence, decision-making, criminal proceeding, deliberation

Stichwörter: Vorsatz, Beweis, Entscheidungsfindung, Strafverfahren, Überlegung

-

DOI: 10.31009/InDret.2025.i3.09

-

Índice

-

- 1. Introducción**
- 2. La toma de decisiones deliberadas desde la neurociencia y la psicología cognitiva: la relevancia de la predicción en el funcionamiento cerebral**
 - 2.1. La percepción
 - 2.2. La toma de decisiones
- 3. La incidencia de la percepción y de la toma de decisiones en la conceptualización de las conductas dolosas**
 - 3.1. Incidencia sobre el concepto de dolo
 - a. Sobre la necesaria armonía entre conocimiento y voluntad
 - b. Sobre la clasificación tripartita del dolo
 - 3.2. Incidencia sobre la actividad probatoria: la relevancia de la predicción del resultado
 - a. Mejor delimitación del objeto de prueba
 - b. Permite alejar la actividad probatoria de elementos mentales o subjetivos
 - c. La acreditación de la deliberación
 - d. Permite resolver determinados casos con una información epistemológica de mayor calidad en determinados supuestos
- 4. Conclusiones**
- 5. Bibliografía**

-

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

1. Introducción*

En la doctrina penalista, el concepto tradicional de dolo está siendo objeto de un vivo e intrincado debate, con el que se ambiciona construir una nueva conceptualización que supere los escollos que presenta dicho concepto¹. Entre estos últimos, destacan los problemas probatorios: la *imputación*² del conocimiento (y de la voluntad, según la teoría que se asuma³) del agente al desplegar la conducta típica dista de ser una empresa sencilla, debido a su naturaleza clandestina.

En este debate, en ocasiones, se ha considerado que las conclusiones alcanzadas por las ciencias empíricas no aportaban ninguna información relevante⁴. Sin embargo, en los últimos años, el conocimiento del funcionamiento del cerebro ha alcanzado cotas extraordinarias⁵, brindando una comprensión más profunda de procesos tan vinculados al dolo como el de la toma de decisiones: las tipologías de decisiones que existen, cómo se desarrolla el proceso decisorio o de

* Autor de contacto: Miquel Julià-Pijoan (mji Joan@der.uned.es). Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i "Neuro-Derechos Humanos y Derecho Penal" (PID2023-149978NB-I00), financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER/ UE (IP: Eduardo Demetrio Crespo).

¹ RAGUÉS i VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, *passim*; PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, 2011, *passim*; MANRIQUE PÉREZ, *Acción, dolo eventual y doble efecto: un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*, 2012, *passim*; MAÑALICH RAFFO, «El dolo como creencia predictiva», *Revista de Ciencias Penales*, (47), 2020, pp. 13-42; ORTIZ DE URBINA GIMENO, «¿Dolo como reproche? Sobre método y axiología en la propuesta de abandono del dolo como estado mental», *Pensar en derecho*, (2), 2013, pp. 357-385; GRECO, «Dolo sin voluntad», *Nuevo Foro Penal*, (13-88), 2017, pp. 10-38; PÉREZ MANZANO, «Reflexiones sobre el concepto de dolo a la luz de los desarrollos de la Neurociencia cognitiva», en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal y comportamiento humano*, 2022, pp. 393-416; LA MISMA, «Algunos datos empíricos sobre la atribución de estados mentales: ¿fracaso del principio de responsabilidad subjetiva o de un determinado concepto de dolo?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (23), 2021, pp. 1-22; LA MISMA, «El tiempo de la consciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre neurociencia y responsabilidad penal», *Doxa*, (35), 2012, pp. 471-498; PAREDES CASTAÑÓN, «Dolo y psicología de sentido común», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, t. I, 2020, pp. 875-885.

² PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 590.

³ Acerca de las teorías del consentimiento o aprobación, cfr., por todos, VON HIPPEL citado en RAGUÉS i VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 60. Para una exposición acerca de estas teorías EL MISMO, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 53 ss.; PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 255 ss. Sobre la teoría de la probabilidad o de la representación: GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, 1990, pp. 192 ss. En la doctrina alemana, sostienen esta teoría autores como KINDHÄUSER o HRUSCHKA, citados en CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., 2005, pp. 259 ss. Para una exposición acerca de esta teoría RAGUÉS i VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 53 ss.; PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 196 ss.

⁴ Principalmente, debido al momento en el que se desarrollaron obras como la de RAGUÉS i VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 214 ss. Si bien es cierto que, a pesar de que este autor desecha esta relación entre el debate sobre el dolo y las ciencias empíricas, sostiene que ello no es una cuestión inmutable (p. 273). Sin embargo, otros autores ya han empezado a ocuparse de estos particulares: PÉREZ MANZANO, en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal y comportamiento humano*, 2022, pp. 393-416; LA MISMA, *RECPC*, (23), 2021, pp. 1-22; LA MISMA, *Doxa*, (35), 2012, pp. 471-498; PAREDES CASTAÑÓN, en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *LH Luzón Peña*, t. I, 2020, pp. 875-885.

⁵ Son muchos los proyectos de investigación que se han desarrollado sobre el cerebro en los últimos años: *The Human Brain Project* en la Unión Europea; *The Brain Research through Advancing Innovative Neurotechnologies (The Brain Initiative)* en los Estados Unidos de América; *The Australian Brain Alliance*, en Australia; *The China Brain Project* en China; *Brain/MINDS Project* en Japón o *Government/Brain Canada joint funding* en Canadá. Sobre la incidencia de estos conocimientos neurocientíficos para el sistema penal: DEMETRIO CRESPO, «El Derecho penal ante el desafío neurotecnológico y algorítmico: reflexiones preliminares», en EL MISMO (dir.), *Derecho penal y comportamiento humano*, 2022, pp. 17-33.

qué información nos nutrimos para seleccionar el curso de acción a adoptar. Desde esta perspectiva, el análisis de las conclusiones de la neurociencia y la psicología cognitiva pueden proporcionar información objetiva –que no debe confundirse con una información infalible ni incuestionable⁶– sobre la forma en que se adoptan las decisiones.

La incorporación de la neurociencia y la psicología cognitiva –como principales ciencias empíricas centradas en estos particulares– al estudio del dolo es pertinente por varias razones. Primeramente, por cuanto, a pesar de que el dolo sea un concepto normativo, este no debería impermeabilizarse de los postulados de aquellas disciplinas que se dedican al estudio de la cognición y toma de las decisiones humanas; menos aún, cuando la noción de dolo es sumamente deficitaria –como lo evidencia la cantidad de teorías que se han desarrollado al respecto–. El acercamiento a dichas disciplinas puede coadyuvar a desenmarañar su conceptualización. Como se ha sostenido por algunos autores, todo concepto debe ser aplicable, esto es, que sirva a la determinación del derecho al caso concreto; de nada sirve un concepto teóricamente ideal cuya aplicación en el proceso penal es imposible⁷. De ahí que aproximarnos a dichas disciplinas nos pueda suministrar nuevos enfoques para operar con un concepto de dolo que no ostente las dificultades probatorias que presenta en la actualidad. Asimismo, esta incursión extrajurídica puede ser de utilidad para advertir la presencia de aquellos constructos pretéritos que formaron el sustrato sobre el que se vertebró la conceptualización aún vigente de dolo y que pueden contribuir a su propia disfunción. Por otro lado, un acercamiento al ámbito empírico puede ser sumamente útil para iluminar qué elementos pueden facilitar la constatación fáctica de la conducta dolosa.

En relación con este último punto, desde la concepción racional de la prueba⁸ –que asumo en este trabajo– no se puede renunciar a explorar si las conclusiones que nos aportan dichas ciencias empíricas pueden constituir una fuente de prueba que nos aproxime en mayor medida a reconstruir los hechos tal y como han sucedido (en comparación con la información que utilizamos en la actualidad). A decir de esta concepción, la actividad probatoria (al ser falible) no únicamente debe tender a la búsqueda de la verdad (como correspondencia), sino que, además, debe pretender reducir el riesgo de error en el dictado de la sentencia. A tales efectos, una de las vías para materializar esta reducción del riesgo de error es atender a la calidad epistemológica de las informaciones que se manejan en la actividad probatoria. De tal manera que una mayor calidad epistemológica de los datos incorporados en el proceso permitirá reducir la brecha entre lo declarado probado y lo efectivamente sucedido en la realidad⁹. En este punto, se advierte el gran auxilio que pueden prestar las conclusiones neurocientíficas y psicológicas a este fin al aportar información objetiva acerca de la operativa decisional humana, diluyendo la regencia de la intuición –en la determinación del derecho al caso concreto –misión principal de la jurisdicción–, como lamentablemente aún sucede¹⁰.

⁶ JULIÀ PIJOAN, «Sobre la valoración judicial de las neuroimágenes, a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo Español 814/2020, de 5 de mayo», *Revista Chilena De Derecho*, (49-3), 2022, pp. 193–219. Más extensamente, en EL MISMO, *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada*, 2020, *passim*.

⁷ RAGUÉS i VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 193-199.

⁸ FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, 2007, *passim*.

⁹ FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, 2007, *passim*; GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3ª ed., 2010, *passim*.

¹⁰ Esta cuestión es señalada en NIEVA FENOLL, «Los sesgos cognitivos y la prueba: huyendo de la intuición del juez», *InDret*, (1), 2025, p. 385.

Sobre la base de estas premisas, el presente trabajo se enfocará en el análisis de una categoría específica de decisiones: las deliberadas, es decir, aquellas en las que existe un control cognitivo. Dicho control implica la capacidad de utilizar la percepción y el conocimiento sobre los propios objetivos y motivaciones para seleccionar una acción dirigida a un objetivo o pensamiento¹¹. Como es de ver, esta tipología de decisiones son las que guardan una mayor similitud con la realidad a la que se alude con el dolo.

En cuanto a la estructura de este trabajo, primeramente, me centraré en exponer cómo se desarrolla la toma de las decisiones deliberadas desde la óptica de las ciencias empíricas (apartado 2). Posteriormente, analizaré qué impacto tienen dichas conclusiones en el ámbito conceptual del dolo y de su actividad probatoria (apartado 3).

2. La toma de decisiones deliberadas desde la neurociencia y la psicología cognitiva: la relevancia de la predicción en el funcionamiento cerebral

Los avances en neurociencia han permitido una comprensión cada vez más profunda del funcionamiento del cerebro humano. En este contexto, resulta particularmente relevante destacar una de sus características fundamentales, por su íntima relación con la cuestión que ocupa este trabajo, a saber, que el cerebro opera como una máquina de predicción¹².

Desde una perspectiva evolutiva, la capacidad predictiva del cerebro pudo haber surgido a partir de la necesidad de adoptar movimientos cada vez más complejos. La toma de decisiones motoras, tales como avanzar o retroceder, girar a la derecha o a la izquierda, requería la anticipación de escenarios futuros con el fin de aumentar las probabilidades de supervivencia. Este proceso permitió a los organismos desarrollar una cartografía de las eventuales consecuencias de cada decisión, optimizando su capacidad de orientación y adaptación al medio. Pues bien, como veremos a continuación, en las decisiones deliberadas los seres humanos seguimos utilizando esta operativa predictiva.

La capacidad predictiva del cerebro está estrechamente vinculada con la memoria, dado que es a partir de las experiencias previas y los recuerdos almacenados que los individuos pueden realizar cálculos anticipatorios. Así, la corteza cerebral calcula las probabilidades de lo que va a ocurrir si adoptamos una determinada decisión, basándose en las probabilidades de lo sucedido en el pasado (como si siguiera la teoría de BAYES). Es a partir de estos cálculos probabilísticos, que se evalúan los escenarios alternativos y se escoge el más adecuado. A su vez, la memoria no solo proporciona una referencia sobre eventos pasados, sino que también contribuye a la elaboración de «un modelo de mundo» que permite prever las consecuencias de las decisiones adoptadas¹³.

En lo que sigue, analizaré el impacto que tiene esta forma de operar en dos cuestiones estrechamente vinculadas con las conductas dolosas. Por un lado, en la percepción, esto es, en

¹¹ WOLPERT/BASTIAN, «Principles of Sensorimotor Control», en KANDEL/KOESTER/MACK/SIEGELBAUM (eds.), *Principles of neural science*, 6ª ed., 2021, pp. 713 ss.; KANDEL/SCHWARTZ/JESSELL, *Neurociencia y conducta*, 1997, p. 525.

¹² YUSTE ROJAS, *El cerebro, el teatro del mundo*, 2024, *passim*.

¹³ YUSTE ROJAS, *El cerebro, el teatro del mundo*, 2024, pp. 38 ss.

cómo los seres humanos asignamos un significado a los estímulos que advierten nuestros sentidos¹⁴. Y, por el otro, en la toma de decisiones deliberadas.

2.1. La percepción

La consideración de la percepción desde un inicio es relevante por distintos motivos. Por un lado, por cuanto ofrece el contexto en el que se ubica la toma de decisiones (es su antesala). Sin tener presente el entorno en el que se ubica la persona, esta tendrá muchas dificultades para poder articular un comportamiento adaptativo, pues se desconocerá cómo interactuar con el espacio en el que esta está situada¹⁵. Por consiguiente, la percepción despliega un rol esencial en la toma de decisiones: ubica al ser humano, en función del significado que le hayamos dado a la realidad. Por el otro, y ya en un ámbito más jurídico, porque la percepción forma parte del elemento cognitivo del dolo. La doctrina penal integra dentro de dicho elemento la captación de la realidad (externa). Así, a los efectos de poder imputar una conducta dolosa, el sujeto se le debe poder atribuir «una plena consciencia de la situación en la que ha actuado»¹⁶ (conocimiento situacional).

La cuestión relevante ahora es subrayar cómo entiende el derecho que una persona dispone de este conocimiento (perceptivo). Tradicionalmente, se asume que la percepción sensorial es un proceso directo, inmediato y objetivo, similar a una cámara de video que registra la realidad de manera inmediata¹⁷. Las personas somos observadoras pasivas de una (única) representación del mundo a la que accedemos directa e inmediatamente por medio de la vista y el oído, principalmente. Este planteamiento habilita que la percepción sensorial pueda llegar a acreditar el elemento subjetivo de un delito. Así sucede, por ejemplo, en el art. 564.2.1.ª del Código Penal español, que prevé una agravación del delito de tenencia ilícita de armas, si esta no tiene marca de fábrica o de número. A los efectos de constatar el conocimiento de esta circunstancia, es suficiente con que se evidencie que el sujeto ha tenido *una indiscutible percepción sensorial* del arma¹⁸. Sin embargo, ¿la percepción opera tal y como asume el derecho?

Pues bien, la respuesta es negativa. Desde las mentadas ciencias empíricas, se ha evidenciado que la percepción es un proceso de construcción activa en el que el cerebro interpreta los estímulos sensoriales con base en la experiencia y el conocimiento previo del sujeto (que podrá ser diferente en cada persona). Estamos ante un proceso subjetivo, mediato e indirecto.

Los sistemas sensoriales no nos aportan una información inmediata de lo que ocurre en la realidad (externa). Estos simplemente detectan ciertos tipos de energía: los receptores del sistema visual captan energía electromagnética en forma de fotones; los del sistema auditivo detectan ondas sonoras en forma de vibraciones; los del sistema olfativo y del gusto, sustancias

¹⁴ CAPUTI CAVALLI/BUDELLI, «Procesamiento sensorial y percepción», en REDOLAR RIPOLL (dir.), *Neurociencia cognitiva*, 2014, pp. 231 ss.

¹⁵ KANDEL/SCHWARTZ/JESSELL, *Neurociencia y conducta*, 1997, p. 523.

¹⁶ RAGUÉS i VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 443.

¹⁷ Se puede advertir esta perspectiva en: RAGUÉS i VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 447 y también en la jurisprudencia española en la que se alude a la «percepción por los sentidos» (tanto en cuestiones vinculados al dolo como en otras): STS 1881/2015, Penal, de 6 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1881); STS 650/2013, Penal, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:3950); SAP Madrid 9/2025, Sección 26ª, de 9 de enero (ECLI:ES:APM:2025:225).

¹⁸ STS 1881/2015, Penal, de 6 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1881).

químicas y los del tacto, la presión, el estiramiento y la vibración¹⁹. Sin embargo, estos estímulos no tienen un significado intrínseco hasta que son interpretados por el cerebro en función de la memoria y los conceptos aprendidos. Dicho en otras palabras, la retina no ve un vaso de agua, exclusivamente detecta fotones²⁰. Además, no deberíamos desatender que para que la información sensorial pueda llegar al cerebro es convertida (transducida, en términos técnicos) en señales electroquímicas a fin de que pueda circular por el sistema nervioso²¹.

Así, la percepción no descansa únicamente en un procesamiento de la información, sino que también incluye una comparación de los estímulos sensoriales con nuestras memorias, que son las que permiten categorizarlos y reconocerlos. De ahí que los conceptos jueguen un rol crítico en la percepción: son los que permiten estas tareas de categorización y reconocimiento. *Vemos* el color rojo, amarillo o verde, porque disponemos de los conceptos rojo, amarillo y verde. Si no dispusiéramos de ellos no seríamos capaces de advertirlos. Igualmente, podemos decir «hoy está lloviendo», porque poseemos el concepto de lluvia. De tal manera que podemos *percibir* exclusivamente aquello que conocemos, dado que es dicho conocimiento el que nos permitirá clasificar lo detectado sensorialmente²².

Es en este particular donde aparece la operativa predictiva de la que hablaba al inicio de este apartado: neurocientíficas como BARRETT sostienen que el cerebro efectúa una predicción de lo que existe en el mundo (exterior) –incluso antes de que reciba información sustancial de los sentidos– que, posteriormente, compara con los datos sensoriales. Estas manifestaciones no deben entenderse como que *el cerebro* se inventa la realidad, sino más bien que la atribución semántica atribuida no procede tanto de lo advertido por los sentidos, sino del bagaje de vida del ser humano. Para ilustrarlo, la referida autora utiliza un ejemplo muy plástico que paso a reproducir. Quizás el lector se ha encontrado con unas ilustraciones que actúan como engaños visuales, en las que aparecen una serie de líneas sin que se pueda vislumbrar lo que representan²³. Normalmente, no es hasta después de conocer la respuesta que el observador es capaz de representarse el contenido del dibujo. Sin embargo, si dicha ilustración es observada en posteriores ocasiones, difícilmente se advertirán meras manchas de tinta, sino que se será capaz de *percibir* la imagen que representan. Este ejemplo es relevante porque evidencia que la percepción no radica tanto en aquello que se detecta sensorialmente (las manchas de tinta que advierte el observador sensorialmente son las mismas), sino en la experiencia, en la memoria del sujeto²⁴.

Esto no debería sorprender, toda vez que el organismo no está ideado ni para pensar ni para obtener una representación precisa y fiel de la realidad, pues su norte principal no es otro que garantizar la supervivencia del ser humano en un determinado entorno –de ahí que la

¹⁹ GARDNER, Esther P./GARDNER, Daniel, «Sensory coding», en KANDEL/KOESTER/MACK/SIEGELBAUM (eds.), *Principles of neural science*, 6ª ed., 2021, pp. 385 ss; KANDEL/SCHWARTZ/JESSELL, *Neurociencia y conducta*, 1997, pp. 399 ss.

²⁰ MITCHELL, *Innate: How the Wiring of Our Brains Shapes Who We Are*, 2020, pp. 125 ss.

²¹ KANDEL/SCHWARTZ/JESSELL, *Neurociencia y conducta*, 1997, pp. 23 ss.; REDOLAR RIPOLL, *Psicobiología*, 2019, pp. 464, 466.

²² BARRETT, *La vida secreta del cerebro: cómo se construyen las emociones*, 2018, pp. 117 ss.; FUSTER, *Cerebro y libertad: los cimientos cerebrales de nuestra capacidad para elegir*, 2016, p. 77.

²³ En la obra de BARRETT, *Siete lecciones y media sobre el cerebro*, 2021, p. 89, se encuentran dichas ilustraciones, reproduciendo las que se hallan en la obra de Roger PRICE, *The Ultimate Doodles Compendium*, 2019.

²⁴ BARRETT, *Siete lecciones y media sobre el cerebro*, 2021, pp. 85-104. En un sentido similar: MITCHELL, *Innate*, 2020, pp. 125 ss.; EAGLEMAN, *The Brain*, 2016, p. 57; FUSTER, *The prefrontal cortex*, 2015, p. 382.

experiencia de la persona sea su mejor brújula–, siendo sumamente eficiente en el gasto de energía²⁵.

En definitiva, percibir implica utilizar la memoria para categorizar nuestra experiencia por medio de conceptos (que necesariamente hemos aprendido). Así, proyectamos nuestro conocimiento a los estímulos que advertimos: adscribimos una semántica al *mundo*, construida por nosotros (lo que no quiere decir, insisto, que sea inventado)²⁶.

Estas reflexiones son importantes, habida cuenta de que patentizan que el derecho asume una conceptualización de la percepción desfasada, superada por las investigaciones empíricas. Este cambio radical en dicha conceptualización conlleva alteraciones en el sustrato del elemento cognitivo del dolo, puesto que el conocimiento de los elementos del tipo ya no se puede desprender de la *percepción sensorial*.

2.2. La toma de decisiones

Este proceso perceptivo que acabo de exponer guía la interacción de las personas con su medio exterior: condiciona sus metas, sus objetivos, tanto proactivos como reactivos. A su vez, estas metas impulsarán el desarrollo de comportamientos encaminados a lograrlas. Es por esta razón que dicha exposición no podía ser desatendida. En este subapartado, me centraré en cómo se desencadena el proceso de toma de decisiones. Sin embargo, el abordaje de esta cuestión es extraordinariamente amplio y, por ende, emprenderlo de forma completa excede el objeto de este trabajo. Por ello, dedicaré la atención –como ya anuncié– a un extremo muy concreto y relevante para el presente estudio, a saber, cómo se adoptan las conductas deliberadas.

En el ámbito neurocientífico, la voluntariedad de una conducta abriga dos características principales. Por un lado, son propositivas (persiguen un objetivo) en contraposición a las conductas reflejas y, por el otro, parten de la experiencia del sujeto; que es otra muestra de la suma relevancia de este particular en todo este ámbito. No obstante, el control cognitivo alude a una cuestión mucho más concreta, y significativa para este estudio, que es la capacidad de utilizar la percepción y el conocimiento sobre nuestros objetivos y motivaciones para seleccionar una acción dirigida a un objetivo o pensamiento²⁷.

A los efectos de adentrarme a este particular, resulta pertinente hacer referencia a las funciones ejecutivas: un conjunto de procesos mentales que permite que el sujeto controle y regule su conducta. Estos procesos habilitan al sujeto desactivar respuestas reflejas, estereotipadas o inflexibles, facilitando la implementación de conductas alternativas más adaptativas al entorno. Algunos ejemplos de cómo operan son los siguientes: (i) dejar el teléfono móvil en otra habitación para evitar consultarlo mientras se trabaja (inhibición de acciones mentales o motoras); (ii) valorar si ir al cine o estudiar para el examen de derecho procesal (evaluar los pros y contras de algún comportamiento) y (iii) planear cómo robar un banco –exitosamente–

²⁵ BARRETT, *Siete lecciones y media sobre el cerebro*, 2021, pp. 13-25; YUSTE ROJAS, *El cerebro, el teatro del mundo*, 2024, *passim*.

²⁶ BARRETT, *La vida secreta del cerebro: cómo se construyen las emociones*, 2018, pp. 86 ss.

²⁷ WOLPERT/BASTIAN, en KANDEL/KOESTER/MACK/SIEGELBAUM (eds.), *Principles of neural science*, 6ª ed., 2021, pp. 713 ss.; KANDEL/SCHWARTZ/JESSELL, *Neurociencia y conducta*, 1997, p. 525.

(planificación de estrategias para alcanzar un objetivo)²⁸. Como es de ver, las funciones ejecutivas están íntimamente ligadas a la toma de decisiones. Específicamente, mi interés radica en conocer cómo se desarrollan estos procesos mentales subyacentes a la elección entre distintas alternativas, puesto que nos permitirá aproximarnos al núcleo de este trabajo.

Pues bien, esta selección se adopta a partir de varios procesos de valoración en los que se toma en consideración: (i) el contexto en el que se está circunscrito; (ii) las distintas acciones disponibles, esto es, aquellas que obran en el abanico conductual de la persona (en función de los resultados que se hayan alcanzado en el pasado al implementarlas) y (iii) la simulación de las eventuales consecuencias de cada acción, a los efectos de comprobar si la acción puede ser inefectiva o inadaptativa, ya que en tal caso se deberá buscar otra manera de actuar. A partir de la simulación de las acciones y, en especial, de sus consecuencias, se determina cuál es la opinión más favorable para el organismo en un medio determinado.

Todas estas operaciones tienen dos características esenciales. La primera: funcionan con una suerte de inversión de la causalidad, en el sentido de que lo que guía la formulación e implantación de los planes de acción está dictado por el objetivo que se quiere alcanzar. Dicho en otras palabras, no se lleva a cabo una acción ignorando cuál va a ser su resultado, sino que se elige el modo de obrar que satisfará mejor la meta perseguida a partir de los resultados que se anticipen. Y, en este sentido, el propio organismo simula los resultados de esta forma de proceder, que son un parámetro a considerar en la decisión. Se opera de un modo teleológico: un suceso futuro (una meta, una recompensa) provoca la acción presente. De ahí que FUSTER señale que «las leyes de la causalidad física van hacia atrás y al revés»²⁹. Una muestra plástica de lo anterior es que el movimiento corporal voluntario se planifica con anterioridad a su implementación –por el encéfalo–; operación que se denomina programa motor. En él, se anticipan las características espaciales del movimiento: los ángulos por los que se moverán las articulaciones (cinemática del movimiento) y la fuerza necesaria para rotar las articulaciones a fin de alcanzar el movimiento deseado (dinámica del movimiento)³⁰.

La segunda hace referencia a que esta elección se efectúa con base en la experiencia pasada del sujeto. Por tanto, es el pasado el que orienta la acción (presente) encaminada al futuro. El sujeto, a partir de su bagaje vivencial, habrá ido acopiando información que le permitirá saber qué comportamiento (de los que conoce y por tanto sabe desarrollar) es más efectivo para alcanzar la meta que persigue (obligará a descartar determinadas acciones que son incompatibles con el plan). En otras palabras, cuanto más rica es la experiencia, más posibilidades de acción el sujeto se representará y, por ende, más libertad existirá para actuar³¹. De tal manera que las personas *autopredicimos*, es decir, pronosticamos las acciones y sus consecuencias para nosotros y para los demás. Cartografiamos el futuro a partir del pasado. Con ello, quiero subrayar que toda acción voluntaria y deliberada emerge de una concepción y planificación (necesariamente previa). La acción no aflora abruptamente, sino que cada decisión está propulsada por una historia del pasado que se proyecta al futuro; hay una mediación entre pasado y futuro, para actuar en el

²⁸ CARMONA CAÑABATE/MORENO ALCÁZAR, «Control ejecutivo, toma de decisiones, razonamiento y resolución de problemas», en REDOLAR RIPOLL (dir.), *Neurociencia cognitiva*, 2014, pp. 720 ss.; TIRAPU USTÁRROZ/LUNA LARIO, «Neuropsicología de las funciones ejecutivas», en TIRAPU USTÁRROZ/RÍOS LAGO/MAESTÚ UNTURBE (dirs.), *Manual de Neuropsicología*, 2ª ed., 2011, pp. 222 ss.

²⁹ FUSTER, *Cerebro y libertad*, 2016, p. 80.

³⁰ GHEZ/KRAKAUER, «Organización del movimiento», en KANDEL/KOESTER/MACK/SIEGELBAUM (eds.), *Principios de neurociencia*, 2001, pp. 659 ss.

³¹ FUSTER, *Cerebro y libertad*, 2016, p. 41.

presente³². Por consiguiente, esta tipología de conductas no emerge desde cero ni *in vacuum*, todo comportamiento está basado en los resultados que la persona ha tenido en el pasado: es su reconfiguración³³.

A su vez, la implementación de la decisión servirá para obtener una información de retorno (*feedback*) útil para idear las conductas futuras, dependiendo del resultado (positivo o negativo) que se haya obtenido. Ello servirá para perfeccionar o desechar la conducta en favor de otras que se consideren quizás más efectivas o para reiterarla, en el caso que haya obtenido unos resultados satisfactorios³⁴.

Otros científicos como DAMASIO han estudiado la toma de decisiones desde otra perspectiva. En su caso, analizando el papel de las emociones. El extremo que subrayar es que también ha seguido el patrón estructural basado en la inversión de la relación causal. En concreto, este autor sostiene que la anticipación de los resultados genera respuestas somáticas que orientan la elección de una determinada alternativa, al reactivarse los estados emocionales que el sujeto experimentó en circunstancias similares a la que ahora se encuentra. Por ejemplo, la asociación de unos resultados con una respuesta emocional negativa tiende a disuadir al sujeto de la implementación de dicha conducta³⁵.

Así las cosas, la toma de decisiones se erige como un proceso complejo en el que convergen diversos sistemas de evaluación conductual, fundamentados en la experiencia pasada y en la simulación de escenarios futuros.

A la luz de lo anterior, se puede alcanzar otra conclusión: no existe un centro de la *voluntad* desde donde se comanden las conductas, al menos no se ha encontrado neurocientíficamente por el momento³⁶.

En síntesis, toda acción deliberada parte de la identificación de un objetivo, cuya materialización requiere la selección de la estrategia más adecuada al contexto en el que se desenvuelve el sujeto. La experiencia previa desempeña un papel crucial en este proceso, al proporcionar el conocimiento necesario para evaluar la efectividad de las diferentes opciones disponibles. Finalmente, la retroalimentación derivada de la implementación de la decisión permite el perfeccionamiento del repertorio conductual del sujeto, optimizando sus elecciones futuras en función de los resultados obtenidos.

Veámoslo a través de un ejemplo: si una persona quiere o necesita obtener rápidamente mucho dinero (objetivo) se nutrirá de su experiencia para articular un plan a fin de alcanzarlo. De ahí que, si es agosto y está en Barcelona (contexto), quizás se plantee ir a robar. *Sabe* que, con esta acción, en una noche puede ganar miles de euros si puede aprehender joyas, dinero en metálico... Además, también *conoce* que las viviendas de la zona más acomodada de la ciudad –donde *sabe* hay más posibilidades de obtener objetos de más valor– suelen estar deshabitadas en verano, dado que de promedio las personas que viven ahí tienen segundas residencias y no suelen estar en la ciudad, con lo cual será más fácil acceder a ellas y conseguir objetos de valor. Por ello,

³² FUSTER, *Cerebro y libertad*, 2016, pp. 226-227.

³³ FUSTER, *The prefrontal cortex*, 2015, pp. 353 ss.

³⁴ FUSTER, *Cerebro y libertad*, 2016, p. 157.

³⁵ DAMASIO, *El Error de Descartes: la emoción, la razón y el cerebro humano*, 2006, *passim*.

³⁶ FUSTER, *Cerebro y libertad*, 2016, p. 42.

durante unos días estará merodeando la zona y buscará posibles *oportunidades*. A tales fines, observará si se encienden las luces por la noche, si hay portero, si hay alarma... (porque *sabe* que son indicadores de la facilidad y éxito de la acción, con base a una información pasada); se servirá de un conocimiento almacenado para efectuar inferencias. Una vez hechas tales evaluaciones, tomará la decisión de la vivienda en la que cometerá el robo. Simplemente con este ejemplo quiero evidenciar que objetivos y experiencia se retroalimentan y conforman un proceso convergente encaminado a la consecución de una meta.

3. La incidencia de la percepción y de la toma de decisiones en la conceptualización de las conductas dolosas

3.1. Incidencia sobre el concepto de dolo

a. Sobre la necesaria armonía entre conocimiento y voluntad

El dolo –a pesar de no poseer una definición en el Código Penal español– ha sido conceptualizado tradicional y mayoritariamente como el conocer y querer la conducta prevista por el tipo³⁷. En consecuencia, este se configura sobre dos elementos básicos: uno intelectual y otro volitivo. En este trabajo partiré de esta visión del dolo.

En este sentido, la exigencia del elemento intelectual hace referencia a que el autor ha de *saber* –en el momento del hecho– qué está haciendo y haberse representado (percibido, pensado³⁸) los elementos que caracterizan su acción como conducta típica, esto es, como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado³⁹. Este conocimiento, vale decir, no debe ser meramente abstracto, sino proyectado al caso concreto («conocimiento situacional»⁴⁰). Es por ello por lo que se señala: «(c)uando los penalistas nos referimos al conocimiento como elemento del dolo estamos pensando, en primer lugar, en la captación de los elementos de la realidad externa en el momento de la acción y en la representación de las consecuencias que nuestro comportamiento puede tener»⁴¹. Así, por ejemplo, para cometer un homicidio doloso, el reo debe *saber* que está realizando en ese momento una acción apta para causar la muerte a otra persona.

Por su parte, el elemento volitivo ha sido definido como *querer* realizar el comportamiento típico, lo que ha sido denominado por la doctrina penalista como una voluntad incondicionada (decidida) de cometer el delito. Por consiguiente, no basta con únicamente conocer, sino que el autor debe *querer* realizar lo que *conoce* que puede cometer⁴².

³⁷ WELZEL, *Derecho penal alemán*, 1993, pp. 77 ss.; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., 2016, pp. 266 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 11ª ed., 2022, p. 247. También manifestada por la jurisprudencia SSTS 769/2009, Penal, de 9 de julio (ECLI:ES:TS:2009:4709); reiterada en la 63/2010, Penal, de 1 de febrero (ECLI:ES:TS:2010:1100); 576/2018, Penal, de 21 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:4036); o 776/2004, Penal, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2004:4175), reiterada en la 776/2024, Penal, de 18 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4535). Igualmente acontece en países en los que la definición de dolo se halla en el código penal como sucede, por ejemplo, en Portugal (art. 14 de su respectivo texto penal) o en Colombia (art. 22 correspondiente).

³⁸ WELZEL, *Derecho penal alemán*, 1993, p. 78.

³⁹ WELZEL, *Derecho penal alemán*, 1993, pp. 78 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 11ª ed., 2022, pp. 247-248; BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 2018, p. 516.

⁴⁰ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 456.

⁴¹ PÉREZ MANZANO, en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal y comportamiento humano*, 2022, p. 410.

⁴² WELZEL, *Derecho penal alemán*, 1993, pp. 78 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 11ª ed., 2022, pp. 248-249.

Pues bien, esta conceptualización bipartita no sirve únicamente para definir qué es el dolo, sino que, además, subyace a la clasificación de las distintas clases de dolo. Así, mientras el dolo de primer grado pivota sobre la convergencia entre los elementos cognitivo y volitivo (se equipara a la *intención* de cometer un delito), en el dolo de segundo grado y en el eventual no se da tal identidad: en el dolo de segundo grado, se sostiene que el sujeto no *quiere* la realización del tipo, aunque se advierte como segura (o casi segura) y en el dolo eventual, tampoco se *quiere* la comisión del delito, mas se representa como posible. En consecuencia, son las distintas combinaciones entre la presencia o la ausencia del elemento cognitivo y/o volitivo las que dotan de contenido las diferentes clases de dolo y permiten distinguir las diferentes tipologías de dolo.

Asimismo, las dos principales teorías que tratan de diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente –la teoría del consentimiento o de la aprobación⁴³ y la teoría de la probabilidad o de la representación⁴⁴– también descansan sobre la confrontación de dichos elementos básicos. En la teoría del consentimiento o de la aprobación, el núcleo de la diferenciación radica en si el autor *consiente* o *aprueba* el resultado típico (en caso afirmativo, será dolo eventual; en caso contrario, culpa consciente). Para estar en condiciones de obtener una respuesta a esta pregunta, se efectúa un juicio hipotético: cómo se habría comportado el autor de haber podido anticipar el resultado de su conducta. En el supuesto de que se hubiera comportado idénticamente, estaríamos en un caso de dolo eventual; en el supuesto contrario, de culpa consciente (la conducta se realiza porque el autor abraza la posibilidad de que el delito no se materialice)⁴⁵. Por otra parte, la teoría de la probabilidad o de la representación se sustenta en afirmar la concurrencia del dolo eventual cuando el autor advirtió con gran probabilidad la materialización del resultado típico y culpa consciente cuando esta probabilidad es más reducida⁴⁶ y, en consecuencia, se sostiene que el agente actúa confiando que el resultado no se origine gracias a su pericia o la inidoneidad de los medios empleados⁴⁷.

Las anteriores consideraciones son significativas, porque ponen de relieve que, al construir un concepto de dolo que gravita sobre el elemento cognitivo y volitivo, se concede una dimensión conceptual propia y, por tanto, diferenciada a estos; son tratados de forma independiente. Es este planteamiento el que permite que parte de la conceptualización del dolo radique en un enfrentamiento entre ambos elementos: al dotarlos de una entidad propia y desconectada del otro (se han individualizado), se ha generado un duelo entre ellos. Este duelo no solo emerge desde la perspectiva de cuál debe ser el elemento predominante –o incluso único⁴⁸–, sino

⁴³ Cfr., por todos, VON HIPPEL citado en RAGUÉS i VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 60. Para una exposición general acerca de estas teorías: EL MISMO, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 53 ss.; PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 255 ss.

⁴⁴ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, 1990, pp. 192 ss. En la doctrina alemana, sostienen esta teoría autores como KINDHÄUSER o HRUSCHKA, citados en CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., 2005, pp. 259 ss. Para una exposición general acerca de estas teorías: RAGUÉS i VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 53 ss.; PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 196 ss.

⁴⁵ Esa fórmula hipotética fue ideada por FRANK, conocida como «primera fórmula de Frank» (CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2ª ed., 2005, pp. 257 ss.; RAGUÉS i VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 62 ss.; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, pp. 266 ss.).

⁴⁶ MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, pp. 266 ss.

⁴⁷ STS 64/2014, Penal, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:477).

⁴⁸ Varios autores sostienen que el dolo únicamente es conocimiento: RAGUÉS i VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, *passim*; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, pp. 274 ss.; GRECO, *Nuevo Foro Penal*, (13-88), 2017, pp. 10-38. También se puede advertir en las resoluciones judiciales como la STS 1/2020, Penal, de 8 de enero (ECLI:ES:TS:2020:1).

también porque se sostiene que ambos elementos pueden actuar *desarmónicamente*. Esta segunda dimensión es la que me interesa abordar en este trabajo.

Antes de proseguir, sin embargo, referiré algunos ejemplos de los efectos de esta segregación conceptual, que me auxiliarán a ilustrar el particular que quiero resaltar. En primer lugar, se mantiene por la doctrina penal que, en el dolo directo de segundo grado, el sujeto no *quiere* el resultado de la conducta que él mismo está desarrollando, pero *sabe* que este sucederá. Igualmente, en el dolo eventual, se alude a que el sujeto tampoco *desea* el resultado, pero *reconoce* la posibilidad de que este se produzca (en las teorías en las que prevalece el elemento cognitivo) o lo *aprueba* o lo *consiente* (en las teorías que alzapriman el elemento volitivo). Como es de ver, la toma como referencia de estos dos elementos desemboca en resultados desarmonizados: el elemento cognitivo y volitivo pueden seguir trayectorias contrapuestas.

Igualmente sucede en las teorías que pretenden atemperar la atribución del dolo eventual, por ejemplo, a partir de la doctrina del doble efecto⁴⁹, en la que se parte de una separación entre la intención de producir y las consecuencias previstas. De tal manera que se sostiene la posibilidad de que existan consecuencias *previstas* que, a su vez, no sean *queridas* por el sujeto.

En méritos de lo anterior, me ocuparé de analizar si es plausible sostener que un sujeto pueda desarrollar acciones cuyos resultados no se *quieran*, a pesar de que se *conozcan* (con seguridad o de manera probable). Otra manera de formular esta pregunta es si realmente el elemento cognitivo y el volitivo pueden ser tratados independientemente, de manera que se permita su confrontación o si, por el contrario, los mismos están comprometidos en un mismo proceso, lo que imposibilitaría una divergencia entre ambos.

Pues bien, al trasponer las conclusiones científicas que he señalado en el apartado anterior al ámbito del dolo, se advierte palmariamente su falta de encaje. La disociación entre lo que representa el elemento cognitivo y volitivo no ostenta apoyatura alguna en el ámbito empírico. Ambos están interrelacionados en la toma de decisiones que nos interesa. Son inescindibles⁵⁰: por una parte, sin objetivos no puede haber conducta, pero sin la recurrencia a la experiencia tampoco, dado que no sabríamos ni qué hacer ni cómo hacerlo; por el otro, porque no se puede *querer* aquello que desconocemos. En suma, la acción no solo está guiada por la voluntad.

Ello es especialmente notorio cuando se examina el dolo directo de segundo grado o el dolo eventual –asumiendo las teorías del consentimiento o aprobación–. ¿Cómo se puede desarrollar una acción en la que el sujeto no *quiere* el resultado dañino que, a su vez, *prevé* como posible o seguro? Si tal resultado no fuese *querido* (en el sentido de que no se está de acuerdo con él), este no se produciría, dado que sería desechado por ineficaz o inadaptativo. Precisamente, la advertencia de un resultado no deseado como seguro o probable sería el principal desincentivador de la conducta, ya que, como he señalado, según el estado actual de la neurociencia y psicología, en la toma de decisiones el agente anticipa los resultados de sus acciones y utiliza esta información para proyectarla en el supuesto actual. En caso contrario, pareciera que se está sosteniendo que es posible realizar acciones voluntarias, a pesar de no querer sus resultados previstos; aspecto que no tiene cabida a la luz de las anteriores explicaciones científicas.

⁴⁹ MANRIQUE PÉREZ, *Acción, dolo eventual y doble efecto*, 2012, *passim*.

⁵⁰ Una postura similar a esta ya la sostuvo KARGL, citado en RAGUÉS i VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 129-130.

La misma argumentación debe predicarse cuando se afirma por la teoría de la aprobación o del consentimiento que, si el sujeto actúa «en la esperanza» o «con el deseo» de que el tipo no se realice, pero habiendo previsto los resultados, no puede haber dolo. Estas manifestaciones son otra expresión de la contraposición de ambos elementos, en el que la cognición y volición pueden ir en sentidos opuestos, aseveración que como señalaba no es plausible de conformidad con lo que se ha visto anteriormente, con la excepción de que existan trastornos o enfermedades mentales/cognitivas.

Además, en sede de dolo eventual, se intensifica la constatación de esta errónea comprensión de la toma de decisiones, cuando desde la teoría de la aprobación se formula un juicio hipotético a los efectos de constatar el dolo, consistente en analizar qué hubiera hecho el reo de haber anticipado el resultado. Precisamente, porque este juicio hipotético es el que implementa toda persona antes de la adopción de una conducta deliberada; la materialización de esta es resultado de la simulación que efectúa la persona. Igualmente sucede con la teoría de la representación. Según lo consignado, el sujeto no decide un comportamiento con un resultado incierto, sino que, en aras de conseguir un resultado, escoge la conducta apta para alcanzarlo.

Estas reflexiones contribuyen a esclarecer el debate doctrinal relativo a la configuración del dolo, en particular, respecto de si resulta indispensable la concurrencia tanto del elemento volitivo como del intelectual, o si, por el contrario, es suficiente con este último. A este respecto, conforme a las ciencias empíricas, en toda decisión deliberada subyace una predicción del resultado de la conducta antes de su ejecución. Dicho en términos de la dogmática penal, hay una representación de la capacidad lesiva de su conducta. Esta anticipación del resultado permite que el sujeto esté en condiciones de atribuir a su conducta la aptitud de realizar un determinado tipo penal. Es ahí donde radica el fundamento del mayor reproche penal de las conductas dolosas. Precisamente, por cuanto dicha representación de las eventuales consecuencias lesivas no desincentiva la implementación de la conducta. Por consiguiente, el estudio de las decisiones deliberadas sugiere la posibilidad de construir una concepción del dolo centrada en el elemento cognitivo, prescindiendo de la exigencia del elemento volitivo.

b. Sobre la clasificación tripartita del dolo

La armonía entre el elemento cognitivo y el volitivo provoca el colapso de la clasificación tripartita del dolo⁵¹. Veámoslo con algunos ejemplos. En el primero, X quiere matar a Y (meta). A tales efectos, X coge una catana para irlo a ver a su puesto de trabajo y cuando advierte su presencia, lo apuñala al corazón (dolo directo de primer grado). De este relato de hechos se infiere que X, antes de coger la catana, se ha representado qué medio lesivo puede ser apto dentro de su contexto –el que X tenga– y cómo debía utilizarlo para conseguir su fin. Para ello, ha simulado cuál podría ser el resultado de utilizar la catana a partir de su experiencia y le ha encajado como medio adecuado para satisfacer su objetivo. También hubiera podido no cogerla.

En el segundo ejemplo, me apoyaré en el «caso Thomas» –uno de los casos destacados en la literatura sobre el dolo–, en el que un sujeto quiere cobrar el seguro de hundimiento de un barco y para ello utiliza explosivos para hundirlo. Sin embargo, al haber tripulantes trabajando en él, la explosión provoca la muerte de estos. Es el supuesto paradigmático de dolo directo de segundo grado, en el que el agente no *quiere* el resultado que, de todas maneras, prevé con toda seguridad.

⁵¹ Como ya han sostenido otros autores: RAGUÉS i VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 177 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª ed., 1994, p. 85.

Al incorporar la toma en consideración de la deliberación, lo relevante es si el agente se representó ese resultado y la respuesta no puede ser sino afirmativa. La persona que quería cobrar el seguro planificó, evaluó, qué acciones dentro de las que conocía y tenía disponibles (contexto) podrían cumplir sus objetivos. En este sentido, uno de los aspectos que no se puede desestimar es que en todos estos pasos enfilados hacia la decisión se opera conceptualmente: si el sujeto perseguía hundir el barco es porque, necesariamente, conoce lo que entraña dicha acción y si, además, escoge los explosivos es porque sabe cuál va a ser el resultado. Pues bien, anudando estos datos al hecho de que en el barco hubiese tripulación, lo relevante aquí no es tanto si la intención abarcaba o no las muertes de los tripulantes, sino que en dicha representación no desincentivó la conducta. Además, deberíamos tener en cuenta que no podemos perseguir dos objetivos a la vez. En este caso, la meta de hundir el barco para cobrar el seguro engloba implícitamente la muerte de los tripulantes.

Finalmente, acudiré a un ejemplo también paradigmático, en este caso, del dolo eventual: el de la correa de cuero. En este caso, X e Y con el fin de conseguir dinero decidieron robar a Z, con la que X mantenía encuentros sexuales. Para poder tener un robo exitoso planearon dejar inconsciente a Z con un golpe de un saco de arena, ya que descartaron la posibilidad de hacerlo con una correa de cuero por miedo a causarle la muerte. La noche en que se produjo el robo, el golpe que propinó Y a Z con el saco de arena, lejos de dejar inconsciente a este último, le despertó. Seguidamente, X e Y pusieron la correa de cuero en el cuello de Z y lo apretaron hasta que dejó de moverse. Como consecuencia de la presión de la correa, el sujeto murió. El debate se centra en si estamos ante una conducta dolosa o imprudente, ya que X e Y no *querían* matar a Z.

Esto no obstante, se presenta contradictorio desechar la correa de cuero como herramienta a utilizar en el robo, dado que se *reconoció* la posibilidad de causar la muerte –ese fue el motivo por el que se buscó una alternativa– y, aun así, utilizarla posteriormente, sabiendo esta alta potencialidad lesiva. Por otro lado, como ya he manifestado, ante el fracaso del plan, no utilizar la correa hubiese sido una posibilidad a tomar en consideración, que no se materializó. En este ejemplo, se advierte que la ambición de identificar la intención dificulta la resolución del caso, al no disponer de herramientas aptas para penetrar en esa información. Sin embargo, al acoger la deliberación, el aspecto subjetivo de la acción resulta mucho más diáfano y menos acrobático.

Ciertamente, lo abordado hasta aquí puede contraponerse a una asunción muy arraigada socialmente, consistente en sostener un reproche más elevado (léase una pena más intensa) para quien quiere matar, que para quien no descarta que alguien muera. Sin embargo, el cambio de perspectiva expuesto en este trabajo diluye esta asunción. Como decía anteriormente, si partimos de la deliberación, lo relevante no descansa tanto en valorar el objetivo (lo que se quiere o no se quiere, herencia de la importancia de la voluntad), sino en cómo se satisface ese objetivo –en el que siempre concurrirá la opción de no actuar⁵²–. Por consiguiente, en ambos casos, la simulación de los resultados de ambas conductas –ínsita en toda deliberación– conllevará la advertencia de un resultado de muerte que, en el caso que no desincentive la conducta, deberá ser reprochado idénticamente. Los anteriores ejemplos son una buena ilustración de ello.

⁵² SCOTT/KALASKA, «Voluntary Movement: Motor Cortices», en KANDEL/KOESTER/MACK/SIEGELBAUM (eds.), *Principles of neural science*, 6ª ed., 2021, p. 816.

3.2. Incidencia sobre la actividad probatoria: la relevancia de la predicción del resultado

A su vez, el estudio de las decisiones deliberadas tiene una serie de derivadas acerca de varios particulares relacionados con la actividad probatoria en torno al dolo.

Una de las cuestiones más relevantes para la actividad probatoria es que el *iter* decisional que asumía el derecho queda invertido, a partir del estado actual del conocimiento de las decisiones deliberadas.

Tradicionalmente –y basándose en intuiciones–, el derecho ha operado bajo la premisa de que el sujeto actúa en un contexto de incertidumbre respecto a los resultados de su conducta⁵³. En este sentido, se sostiene que una de las cuestiones fundamentales para determinar la existencia de dolo radica en establecer si el sujeto se representó el resultado típico al momento de actuar. Así, cuando la respuesta a este interrogante es afirmativa, se configura la concurrencia del dolo (segunda regla de FRANK)⁵⁴. Por ende, la racionalidad humana asumida por el derecho se fundamenta en la siguiente secuencia: (i) el individuo es capaz de advertir la existencia de un riesgo derivado de su conducta; (ii) calcular las probabilidades de que dicho riesgo se materialice y, (iii) con base en esta evaluación, decidir si actúa o no⁵⁵. De ahí que el análisis jurídico se enfoque en la idoneidad de la conducta para producir el resultado lesivo. Tomando como referencia el ejemplo propuesto por RAGUÉS I VALLÈS⁵⁶, si un sujeto propina múltiples puñaladas en el abdomen de otra persona, la dogmática penal centra su análisis en determinar si el autor era consciente de que estaba asestando las heridas en el abdomen y si, además, tenía conocimiento de que esta conducta era objetivamente peligrosa para causar la muerte. En caso de concurrir este último elemento, se entiende que el autor necesariamente sabía que, en la situación concreta, su acción era idónea para provocar la muerte a dicha persona⁵⁷.

Sin embargo, los hallazgos empíricos señalados cuestionan esta secuencia, pues indican que la racionalidad del ser humano se fundamenta en un *iter* decisional mucho más preciso y sustentado en la predicción de los resultados a obtener. El individuo no actúa ciegamente en cuanto a los resultados. En este sentido, la representación del riesgo no es una abstracción, sino que adquiere concreción en el marco de los objetivos del sujeto y de las consecuencias que anticipa, basadas en la propia experiencia de vida del sujeto. En suma, el desarrollo de las ciencias empíricas nos ofrece un nuevo paradigma para entender el camino decisional del comportamiento humano deliberado: los resultados previstos son el motor que guía la selección de la conducta a implementar.

⁵³ Ya presente en la doctrina Bartoli del *dolus indirectus* (CARPZOV) –siglo XIV–, que sostenía que todas las consecuencias del hecho que se derivasen necesaria o probablemente de él (según un juicio objetivo), se debían imputar como dolosas (PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 162). Así, se ha sostenido por COVARRUBIAS la voluntad indirecta: la no volición de un resultado que era objetivamente previsible. De ahí el adagio de que «quien quiere la causa quiere indirectamente el efecto» (siempre que ese efecto normalmente advenga): PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 163-164.

⁵⁴ GROSSMAN, citado en RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 63. En muchos autores subyace esta idea de que el ser humano cuando lleva a cabo una conducta no ha anticipado los resultados, por ejemplo, CARPZOV al decir que el dolo existe cuando «el autor consideró probable o pudo considerar o por lo menos debió de haber pensado en lo que sencillamente iba a suceder»; citado en RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 55.

⁵⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 129. Por otra parte, la posición de JAKOBS parte de esta idea, citado en RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 137.

⁵⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 471.

⁵⁷ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 471.

Asimismo, desde esta perspectiva, se diluye la diferenciación con la que se opera desde el derecho penal de discernir si el autor de un delito poseía (o no) el conocimiento abstracto de la aptitud lesiva de su conducta y si ese conocimiento en abstracto se proyectó (o no) al caso concreto⁵⁸.

Este nuevo enfoque permite analizar los casos desde una nueva y distinta perspectiva, en la cual la determinación de si el sujeto deseaba o consideraba prácticamente seguro el resultado – cuestiones de naturaleza eminentemente subjetiva y, por tanto, de elevada complejidad probatoria – pierde centralidad. En su lugar, la atención puede orientarse hacia las características del proceso decisorio, particularmente en su calificación como una decisión deliberada o no. La incorporación de esta nueva perspectiva conllevaría una serie de mejoras en la actividad probatoria:

a. Mejor delimitación del objeto de prueba

La incorporación de explicaciones empíricas permite precisar con mayor claridad en qué fase del proceso decisorio se sitúa la «ventana de libertad» sobre la cual recae el juicio de reproche del dolo. En este sentido, resulta esencial identificar el momento en que el sujeto conserva margen de autodeterminación para orientar su conducta.

Desde una perspectiva neurocientífica, autores como FUSTER han definido la libertad en términos neurobiológicos a partir de dos dimensiones fundamentales: (i) la capacidad de elegir entre distintas alternativas de acción con el propósito de alcanzar metas individuales y (ii) la facultad de seleccionar la información sobre la cual se fundamenta dicha elección. En este marco, las representaciones mentales de resultados derivados de experiencias previas –mediadas por procesos de simulación y proyección– constituyen el núcleo sobre el cual se estructura el ejercicio de la libertad, posibilitando la deliberación, la planificación y la adopción de decisiones, incluidas aquellas que implican la omisión o la ejecución de una conducta⁵⁹.

De ello se desprende un vínculo esencial entre la libertad y las representaciones cognitivas de experiencias anteriores, ya que es a través de la simulación y evaluación de escenarios que el sujeto estructura su toma de decisiones. Precisamente, es ahí donde el ordenamiento jurídico-penal irradia todo poder comunicativo a fin de que los ciudadanos se amolden a sus prescripciones. Por ello, cuando el sujeto advierte la infracción de la legalidad y, aun así, delinque, fracasa la función motivadora⁶⁰ conductual del ordenamiento jurídico-penal y queda legitimada una intensificación de la respuesta represiva⁶¹.

b. Permite alejar la actividad probatoria de elementos mentales o subjetivos

La información proporcionada por las ciencias empíricas provoca un desplazamiento en el núcleo de la actividad probatoria, distanciándola de los estados mentales o de elementos psicológicos

⁵⁸ Por ejemplo, autores como SCHMIDHÄUSER y FRISCH sostienen que quien conoce la peligrosidad en abstracto de su comportamiento, pero confía en que este resultado no va a materializarse, no obra dolosamente. RAGUÉS i VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 92 ss.

⁵⁹ FUSTER, *Cerebro y libertad*, 2016, pp. 98, 168.

⁶⁰ Sobre este extremo: MARTÍNEZ SANROMÀ, *Motivación e intervención delictiva: una reestructuración de la «participación psíquica»*, 2023, *passim*.

⁶¹ El efecto comunicativo de un apartamiento de la regla jurídico-penal es más intenso cuando más previsible en términos objetivos resulta la posibilidad de ese apartamiento (PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 130 ss.).

del sujeto (teorías psicológicas –de la actitud interna–⁶²). Estos, debido a su naturaleza subjetiva, resultan de difícil acceso incluso para las más avanzadas neurotecnologías⁶³. Por el contrario, los avances en el conocimiento empírico permiten reorientar el análisis probatorio hacia la evaluación de la decisión en sí misma, con el objetivo de determinar si esta fue adoptada de manera deliberada.

Este enfoque propicia una aproximación más objetiva al dolo, al vincularlo directamente con la conducta que constituye el objeto del juicio, en lugar de analizar al agente que la lleva a cabo. En consecuencia, se reduce la dependencia de elementos subjetivos de compleja acreditación y, por ende, se minimiza el riesgo de error judicial derivado de valoraciones especulativas sobre el estado mental del sujeto. Asimismo, esta perspectiva se alinea con los principios fundamentales del derecho penal del hecho, lo que permite distanciar el concepto de dolo de las críticas que lo señalan como un reproche basado en aspectos no conductuales⁶⁴.

En este sentido, desvincular el dolo de interpretaciones que lo asocien a elementos meramente internos del individuo contribuye a fortalecer su legitimidad dentro del sistema jurídico. De este modo, el reproche penal debe centrarse en la manera en que se alcanzan determinados objetivos, es decir, en la selección de la modalidad de la conducta desplegada –cuyos resultados han sido anticipados–, más que en los objetivos en sí mismos, entendidos como intenciones o voluntades, junto con sus categorías afines.

c. *La acreditación de la deliberación*

La determinación de la deliberación en una decisión plantea un desafío probatorio significativo. En este sentido, resulta complejo constatar de manera directa la existencia de una deliberación previa a una determinada conducta humana, lo que exige su reconstrucción mediante criterios de atribución. Estos criterios deben fundamentarse en el contexto en el cual se desarrolla la acción, dado que las decisiones no se adoptan en abstracto, sino en un entorno específico que las condiciona. Como señala FUSTER, «sólo analizando los antecedentes de una decisión podemos entender la génesis de la acción ejecutiva»⁶⁵. En esta línea, ya se ha subrayado la importancia del entorno en la determinación de la conducta, pues las acciones humanas se despliegan en un marco concreto que influye en su configuración. Para que una conducta resulte eficaz en la consecución del objetivo del agente, esta debe ser adaptativa, es decir, idónea para alcanzar la finalidad propuesta dentro del contexto en el que se encuentra el sujeto. En consecuencia, la capacidad de elección entre distintas acciones emerge de la interrelación entre el entorno y la actividad cerebral⁶⁶. De ahí que la evaluación de la realidad circundante al agente y su incidencia en la conducta constituya un elemento determinante en la selección de la acción realizada.

⁶² PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 228 ss.

⁶³ En este sentido, los estudios realizados sobre intenciones y neurociencia efectuados hasta el momento han señalado la imposibilidad de conocer las intenciones pasadas. Sobre este particular, *vid.* JULIÀ PIJOAN, «La prueba penal de los estados mentales desde la “neurotecnología”: ¿ya es una realidad?», *Política Criminal*, (18), 2023, pp. 91 ss.

⁶⁴ Por ejemplo, con relación a la teoría del consentimiento *vid.* RAGUÉS i VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 75 ss.

⁶⁵ FUSTER, *Cerebro y libertad*, 2016, p. 189.

⁶⁶ FUSTER, *Cerebro y libertad*, 2016, p. 275.

Desde una perspectiva probatoria, comprender la génesis de la acción es un aspecto esencial para el análisis de la parte subjetiva del delito. Por ello, es necesario adoptar un enfoque integral que permita inferir, a partir del relato fáctico, si el sujeto adoptó deliberadamente dicha decisión.

A estos efectos, puede ser útil lo que postula la psicología cognitiva –y las teorías del proceso dual (conocidas en términos anglosajones como *dual processing theories*)⁶⁷–, al sostener la existencia de dos modalidades fundamentales de procesamiento de la información, las cuales inciden en la manera en que los individuos conocen, creen, piensan, razonan y actúan⁶⁸. Estas modalidades han sido categorizadas como procesamiento de tipo 1 (*type 1*) y procesamiento de tipo 2 (*type 2*)⁶⁹.

Uno de los aspectos diferenciales más relevantes entre estos dos sistemas de procesamiento es el factor temporal. En efecto, el procesamiento de tipología 1 se caracteriza por su rapidez, al requerir un tiempo reducido para la generación de respuestas, mientras que el procesamiento de tipología 2 opera de manera más pausada, demandando un tiempo considerablemente mayor⁷⁰. En consecuencia, el uso de la primera modalidad permite la adopción de decisiones de manera expedita, a diferencia del procesamiento de tipología 2, en el que el tiempo disponible condiciona su activación y desarrollo. De ahí que se hayan utilizado la denominación «procesamiento rápido» para referirse al sistema de tipología 1 y «procesamiento lento» para aludir al sistema de tipología 2⁷¹.

Sin embargo, la caracterización de los sistemas de procesamiento cognitivo no puede reducirse exclusivamente a la dimensión temporal. En particular, el procesamiento rápido se distingue por su activación por defecto, la ausencia de sensación de control voluntario, su ejecución sin esfuerzo consciente y su fuerte anclaje contextual. Este tipo de procesamiento, frecuentemente denominado pensamiento intuitivo, se manifiesta en la asignación inmediata de respuestas a situaciones o problemas sin que medie un proceso deliberativo o planificado⁷².

Por el contrario, el procesamiento lento requiere un control consciente y demanda un esfuerzo cognitivo significativo. Su activación se observa en situaciones novedosas o complejas, en las que la experiencia previa no proporciona herramientas suficientes para la resolución del problema. Ejemplos paradigmáticos incluyen la planificación de una ruta en una ciudad desconocida, la comparación analítica de opciones de consumo, el llenado de formularios fiscales sin experticia en la materia, la evaluación de la validez de razonamientos lógicos complejos o el análisis de las implicaciones económicas y jurídicas de tratados internacionales⁷³. En todas estas

⁶⁷ EVANS, *Thinking and reasoning*, 2017, pp. 99-115.

⁶⁸ Es dable señalar que, en realidad, la alusión a la existencia de estos dos sistemas no deja de ser una metáfora con el propósito de ilustrar mejor la operativa del sistema cognitivo (KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, 2013, p. 46; FORZA/MENEGON/RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, 2017, pp. 126-127).

⁶⁹ Es la denominación que utiliza STANOVICH, *Rationality and the reflective mind*, 2011, p. 19.

⁷⁰ EVANS/FRANKISH, *In two minds: dual processes and beyond*, 2009, *passim*; EVANS, *Thinking and reasoning*, 2017, p. 100; STANOVICH, *Rationality and the reflective mind*, 2011, pp. 19 ss.; EVANS, *Hypothetical Thinking: Dual Processes in Reasoning and Judgement*, 2020, pp. 14-15. En la literatura jurídica, se pueden hallar referencias en FORZA/MENEGON/RUMIATI, *Il giudice emotivo*, 2017, pp. 26 ss.

⁷¹ KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, 2013, *passim*.

⁷² KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, 2013, p. 35; EVANS, *Thinking and reasoning*, 2017, pp. 100 ss.; STANOVICH, *Rationality and the reflective mind*, 2011, pp. 19 ss.; EVANS, *Hypothetical Thinking: Dual Processes in Reasoning and Judgement*, 2020, pp. 14-15.

⁷³ KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, 2013, pp. 35-39; EVANS, *Thinking and reasoning*, 2017, pp. 104-105.

tareas, la atención, la concentración y el esfuerzo resultan indispensables, pues sin estos elementos difícilmente podrían ejecutarse de manera satisfactoria. Asimismo, el procesamiento lento requiere un mayor tiempo de ejecución, en virtud de la necesidad de un análisis reflexivo y estructurado.

Por tanto, lo que propongo es analizar el proceso de generación y formación de la decisión a fin de poder analizar si concurren en él las características de la deliberación, esta caracterización nos permitirá advertir la presencia de la representación de los resultados de la conducta, que es el particular que interesa de cara al dolo. Es la existencia de esta representación la que nos aportan las ciencias empíricas cuando concurre una deliberación (novedosamente).

En fin, no puede considerarse análoga la situación de un conductor que, al girar su vehículo, atropella a un ciclista debido a una distracción provocada por el uso de una aplicación móvil, causando su fallecimiento, con la de un sujeto que, propietario de un edificio asegurado por una cuantiosa suma de dinero, decide incendiarlo con el propósito de obtener la indemnización, a sabiendas de que en su interior habitan personas cuya vida se verá comprometida⁷⁴.

d. *Permite resolver determinados casos con una información epistemológica de mayor calidad en determinados supuestos*

La adopción de un enfoque fundamentado en información empírica posibilita la resolución de determinados casos sobre la base de una estructura epistemológica más rigurosa y precisa. Un ejemplo ilustrativo⁷⁵ es el de un individuo que, portando un arma de fuego, efectúa un disparo contra otra persona a una distancia aproximada de un metro, ocasionándole la muerte. Al comparecer ante el tribunal, el acusado sostiene que desconocía tanto la naturaleza del arma como su funcionalidad, alegando que ignoraba la posibilidad de que un disparo pudiera provocar el fallecimiento de otra persona.

Desde una perspectiva empírica, esta cuestión puede resolverse sin necesidad de recurrir a la noción de conocimientos mínimos compartidos⁷⁶. Desde el punto de vista cognitivo, resulta inverosímil que un sujeto carezca por completo de conocimiento sobre la naturaleza y el funcionamiento de un arma de fuego y, al mismo tiempo, logre efectuar un disparo. Un desconocimiento absoluto implicaría no solo ignorar su peligrosidad, sino también desconocer su morfología, la forma de sostenerla, la necesidad de apuntar, la existencia de un proyectil en su interior y el mecanismo de activación mediante la presión del gatillo. Este razonamiento permite prescindir de la «asunción social»⁷⁷ de que un individuo no puede ejecutar determinada acción sin poseer ciertos conocimientos previos.

4. Conclusiones

Las investigaciones provenientes de la neurociencia y la psicología cognitiva sobre los procesos de toma de decisiones deliberadas han introducido nuevos elementos de análisis en el debate jurídico relativo al enjuiciamiento de la conducta dolosa. Especialmente, derivados del funcionamiento predictivo del cerebro. En primer lugar, estas disciplinas ofrecen una perspectiva

⁷⁴ Ejemplo planteado por RAGUÉS i VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 46.

⁷⁵ Ejemplo ideado por HRUSCHKA, recogido en PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 587.

⁷⁶ RAGUÉS i VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 379 ss.

⁷⁷ RAGUÉS i VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 391.

innovadora respecto de la dualidad estructural del dolo, al cuestionar la posibilidad de una disociación entre sus componentes cognitivo y volitivo, lo que refuerza la preeminencia del primero. En segundo lugar, en el ámbito probatorio, los hallazgos de estas ciencias permiten la incorporación de un enfoque basado en el análisis de la génesis y los antecedentes de la decisión, con el objeto de calificar una determinada conducta como dolosa. Nos ofrecen una nueva forma de imputar el conocimiento sobre la aptitud lesiva de la conducta que despliega el reo. Este examen, orientado a determinar el carácter deliberado de la decisión, permite alejarse de una actividad probatoria enfocada en los estados mentales del agente, cuya acreditación resulta de especial dificultad y sustituirlo por un criterio más objetivo.

5. Bibliografía

BACIGALUPO ZAPATER, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1994.

BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

BARRETT, *Siete lecciones y media sobre el cerebro*, Paidós, Barcelona, 2021.

———, *La vida secreta del cerebro: cómo se construyen las emociones*, Paidós, Barcelona, 2018.

CAPUTI CAVALLI/BUDELLI, «Procesamiento sensorial y percepción», en REDOLAR RIPOLL (dir.), *Neurociencia cognitiva*, Panamericana, Madrid, 2014, pp. 231-256.

CARMONA CAÑABATE/MORENO ALCÁZAR, «Control ejecutivo, toma de decisiones, razonamiento y resolución de problemas», en REDOLAR RIPOLL (dir.), *Neurociencia cognitiva*, Panamericana, Madrid, 2014, pp. 719-745.

CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., BdeF, Montevideo, 2005.

DAMASIO, *El Error de Descartes: la emoción, la razón y el cerebro humano*, Crítica, Barcelona, 2006.

DEMETRIO CRESPO, «El Derecho penal ante el desafío neurotecnológico y algorítmico: reflexiones preliminares», en EL MISMO, (dir.), *Derecho penal y comportamiento humano*, Tirant Lo Blanch, València, 2022, pp. 17-33.

EAGLEMAN, *The Brain*, Canongate Books, Edinburgh, 2016.

EVANS, *Hypothetical Thinking: Dual Processes in Reasoning and Judgement*, Routledge, New York, 2020.

———, *Thinking and reasoning*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

EVANS/FRANKISH, *In two minds: dual processes and beyond*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

FORZA/MENEGON/RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Il Mulino, Bologna, 2017.

FUSTER, *Cerebro y libertad: los cimientos cerebrales de nuestra capacidad para elegir*, Ariel, Barcelona, 2016.

———, *The prefrontal cortex*, Academic Press, London, 2015.

GARDNER, Esther P./GARDNER, Daniel, «Sensory coding», en KANDEL/KOESTER/MACK/SIEGELBAUM (eds.), *Principles of neural science*, 6ª ed., McGraw-Hill, New York, 2021, pp. 385-407.

GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010.

GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990.

GHEZ/KRAKAUER, «Organización del movimiento», en KANDEL/KOESTER/MACK/SIEGELBAUM (eds.), *Principios de neurociencia*, McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 2001, pp. 659 ss.

GRECO, «Dolo sin voluntad», *Nuevo Foro Penal*, (13-88), 2017, pp. 10-38.

JULIÀ PIJOAN, «La prueba penal de los estados mentales desde la “neurotecnología”: ¿ya es una realidad?», *Política Criminal*, (18), 2023, pp. 91-123.

———, «Sobre la valoración judicial de las neuroimágenes, a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo Español 814/2020, de 5 de mayo», *Revista Chilena De Derecho*, (49-3), 2022, pp. 193-219.

———, *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

KANDEL/SCHWARTZ/JESSELL, *Neurociencia y conducta*, Prentice Hall, Madrid, 1997.

KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, DeBolsillo, Barcelona, 2013.

MANRIQUE PÉREZ, *Acción, dolo eventual y doble efecto: un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

MAÑALICH RAFFO, «El dolo como creencia predictiva», *Revista de Ciencias Penales*, (47), 2020, pp. 13-42.

MARTÍNEZ SANROMÀ, *Motivación e intervención delictiva: una reestructuración de la «participación psíquica»*, Atelier, Barcelona, 2023.

MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., BdeF, Montevideo, 2016.

MITCHELL, *Innate: How the Wiring of Our Brains Shapes Who We Are*, Princeton University Press, Princeton, 2020.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, València, 2022.

NIEVA FENOLL, «Los sesgos cognitivos y la prueba: huyendo de la intuición del juez», *InDret*, (1), 2025, pp. 382-405.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, «¿Dolo como reproche? Sobre método y axiología en la propuesta de abandono del dolo como estado mental», *Pensar en derecho*, (2), 2013, pp. 357-385.

PAREDES CASTAÑÓN, «Dolo y psicología de sentido común», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, t. I, Reus, Madrid, 2020, pp. 875-885.

PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

PÉREZ MANZANO, «Reflexiones sobre el concepto de dolo a la luz de los desarrollos de la Neurociencia cognitiva», en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal y comportamiento humano*, Tirant Lo Blanch, València, 2022, pp. 393-416.

———, «Algunos datos empíricos sobre la atribución de estados mentales: ¿fracaso del principio de responsabilidad subjetiva o de un determinado concepto de dolo?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (23), 2021, pp. 1-22.

———, «El tiempo de la consciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre neurociencia y responsabilidad penal», *Doxa*, (35), 2012, pp. 471-498.

RAGUÉS i VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.

REDOLAR RIPOLL, *Psicobiología*, Editorial Médica Panamericana, Madrid, 2019.

SCOTT/KALASKA, «Voluntary Movement: Motor Cortices», en KANDEL/KOESTER/MACK/SIEGELBAUM (eds.), *Principles of neural science*, 6ª ed., McGraw-Hill, New York, 2021, pp. 815-859.

STANOVICH, *Rationality and the reflective mind*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

TIRAPU USTÁRROZ/LUNA LARIO, «Neuropsicología de las funciones ejecutivas», en TIRAPU USTÁRROZ/RÍOS LAGO/MAESTÚ UNTURBE (dirs.), *Manual de Neuropsicología*, 2ª ed., Viguera, Barcelona, 2011, pp. 221 ss.

WELZEL, *Derecho penal alemán*, trad. por BUSTOS RAMÍREZ/YÁÑEZ PÉREZ, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993.

WOLPERT/BASTIAN, «Principles of Sensorimotor Control», en KANDEL/KOESTER/MACK/SIEGELBAUM (eds.), *Principles of neural science*, 6ª ed., McGraw-Hill, New York, 2021, pp. 713-736.

YUSTE ROJAS, *El cerebro, el teatro del mundo*, Paidós, Barcelona, 2024.

La inducción al suicidio

En defensa de una interpretación realista del art. 143.1 CP

Sumario

El objetivo del presente artículo es redefinir los límites de la libertad comunicativa frente a las posibles reacciones autolíticas de terceras personas teniendo en cuenta la regulación legal de la inducción al suicidio ex art. 143.1 CP y el espacio reservado para el homicidio en autoría mediata. El texto se aparta del tratamiento análogo que suele ofrecer la doctrina y la jurisprudencia al art. 143.1 CP y a la inducción al delito como forma de intervención. Partiendo de la base de que las circunstancias en las que se comete un suicidio son estructuralmente distintas a las de la comisión de un delito, se ofrece un tratamiento jurídico-penal diferente en ambos casos.

Abstract

The aim of this article is to redefine the boundaries of communicative freedom in light of the potential self-harming reactions of third parties, considering the legal regulation of inducement to suicide ex art. 143.1 CP and the space reserved for homicide as perpetration-by-means. The text departs from the analogous treatment usually offered by doctrine and jurisprudence to the art. 143.1 CP and to the inducement to commit a crime as a form of criminal intervention. Based on the assumption that the circumstances under which a suicide is committed are structurally different from those of the commission of a crime, a different legal-penal approach is proposed for each case.

Zusammenfassung

Ziel dieses Artikels ist es, die Grenzen der kommunikativen Freiheit im Hinblick auf mögliche selbstschädigende Reaktionen Dritter unter Berücksichtigung der gesetzlichen Regelung der Anstiftung zum Suizid gemäß Art. 143 Abs. 1 CP sowie des der Mittäterschaft bei Tötungsdelikten vorbehaltenen Anwendungsbereichs neu zu definieren. Der Text weicht von der analogen Behandlung ab, die in Lehre und Rechtsprechung üblicherweise für Art. 143 Abs. 1 CP und die Anstiftung zu einer Straftat als Interventionsform vorgesehen ist. Ausgehend von der Annahme, dass sich die Umstände eines Suizids strukturell von denen der Begehung einer Straftat unterscheiden, wird für beide Fälle eine unterschiedliche strafrechtliche Bewertung vorgeschlagen.

Title: Inducement to suicide

Titel: Anstiftung zu Selbstmord

Palabras clave: inducción al suicidio, inducción al delito, autolisis, autoría mediata, autonomía

Keywords: inducement to suicide, inducement to crime, autolysis, command responsibility, autonomy

Stichwörter: Anstiftung zu Selbstmord, Anstiftung zu einer Straftat, Autolyse, mittelbare Täterschaft, Autonomie

DOI: 10.31009/InDret.2025.i3.10

-
- 1. A modo de introducción: dos verdades sobre la inducción al suicidio**
- 2. Inducción al delito e inducción al suicidio, ¿figuras análogas?**
 - 2.1. Denominador común y divergencias
 - 2.2. El destinatario del comportamiento motivacional
 - 2.3. Los mecanismos de motivación típicamente relevantes
- 3. Dolor y alternativas. Un concepto (jurídico-penal) de suicidio**
 - 3.1. Una aproximación pre-penal
 - 3.2. Un revestimiento penal
- 4. El estatuto deóntico del suicidio en el Derecho español**
 - 4.1. ¿Por qué permitimos el suicidio?
 - 4.2. Derecho «como libertad» y derecho «como pretensión»
- 5. El comportamiento instigador penalmente relevante**
 - 5.1. El fundamento de la prohibición de contribuir al suicidio
 - a. El fundamento genérico
 - b. Las contribuciones materiales
 - c. Las contribuciones motivacionales
 - 5.2. Los márgenes de la prohibición de motivar al suicidio
 - a. El suicidio como medio de escape
 - b. El dolor como motivo de la acción evasiva
- 6. Conclusiones**
- 7. Bibliografía**

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

1. A modo de introducción: dos verdades sobre la inducción al suicidio*

El art. 143.1 del Código penal (en adelante, CP) castiga al «que induzca al suicidio de otro». Junto con los actos de cooperación necesaria (ejecutiva –art. 143.3 CP– o no –art. 143.2 CP–), esta posibilidad conforma el tratamiento jurídico-penal de la participación típica en el suicidio. Un análisis detallado de la aproximación doctrinal y jurisprudencial al precepto referido permite descubrir dos verdades sobre el asunto. La primera: el desarrollo teórico de la conducta típica consignada en el art. 143.1 CP se efectúa reproduciendo los esquemas de desaprobación de la inducción al delito ex art. 28.a) CP. La segunda: desde la entrada en vigor del Código penal actual, en 1995, se han emitido muy pocas sentencias condenatorias por la comisión de este delito. Al hilo de esta última evidencia, repárese en el siguiente dato: solo en el año 2022, el Instituto Nacional de Estadística registró un total de 4.227 muertes por suicidio y lesiones autoinfligidas¹. Este desajuste debería, como mínimo, extrañar. Es cierto: ni todos los accidentes de tráfico son consecuencia de la comisión de delitos contra la seguridad vial, ni todas las personas que visitan los servicios de traumatología de los hospitales son víctimas de delitos contra la integridad física. Sin embargo, las estadísticas confirman una impresión mínimamente intuitiva: *algunos* accidentes de tráfico responden a comportamientos conculcadores de los deberes para con la seguridad vial y *algunas* personas que acuden a los hospitales presentando lesiones físicas han sido víctimas de alguno de los delitos consignados en el Título III del Libro II del Código penal². Frente a ello, concluir que en ninguno de los 4.227 casos de suicidio que se registraron en el año 2022 hubo una interacción incitadora merecedora de pena impugnaría la realidad psico-social del fenómeno en cuestión. A este respecto, los estudios sobre la conducta suicida resaltan la importancia, en tanto que factor desencadenante, de determinados contactos interpersonales. La Organización Mundial de la Salud señala todas estas circunstancias como «factores de riesgo comunitario y relacional», incluyendo, p.ej., el acoso laboral, escolar y académico, los actos discriminatorios, los abusos sexuales o la violencia física³. Es innegable que en todas estas situaciones se produce una influencia motivacional que debería captar un mínimo interés por parte de una estructura de desaprobación centrada en el verbo «inducir».

Más allá de los problemas prácticos y probatorios o de la dificultad de constatar casos de inducción dolosa, mi hipótesis es que la escasa aplicación del precepto en cuestión es consecuencia de su comprensión teórica, análoga a la (altamente restrictiva) dogmática desarrollada a cuenta del art. 28.a) CP. Para exponer esta impresión, considero importante reparar detalladamente en cada una de las dos verdades consignadas en el párrafo anterior. Empecemos por la primera.

Entre la doctrina, es opinión pacífica afirmar que los dos primeros apartados del art. 143 CP constituyen mecanismos destinados a evitar la impunidad general de los actos de intervención en un suicidio dada la inexistencia de un hecho principal antijurídico⁴. Para el caso del art. 143.1

* Autor de contacto: Oriol Martínez Sanromà (omartinezs@uoc.edu).

¹ Los datos son accesibles a través del siguiente enlace: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=7947>.

² El INE recoge un total de 107.396 condenas por delitos contra la seguridad vial en el año 2022. En ese mismo año, se contabilizaron 129.576 víctimas en accidentes de tráfico. Véase, DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Las principales cifras de la siniestralidad vial, 2022*, pp. 14 ss. Para el caso del delito de lesiones, el INE recoge un total de 72.816 condenas en el año 2022.

³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Preventing suicide. A global imperative*, 2014, p. 36.

⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/BARBER BURUSCO, «Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozos del tratamiento penal en España», *Revista Nuevo Foro Penal*, (8-79), 2012, p. 128.

CP, esta explicación, con referencias explícitas al principio de accesoriedad⁵, ha abierto la posibilidad de exportar las construcciones dogmáticas elaboradas para la inducción al delito a este campo. Una oportunidad que la doctrina no ha desaprovechado⁶. En efecto, pese a las aparentes diferencias estructurales entre ambos fenómenos, la literatura que se ha ocupado del tema no ha tenido ningún reparo en trasladar el entendimiento de la instigación como forma de intervención delictiva al ámbito de relevancia típica suscitado por este precepto legal⁷. De esta manera, las explicaciones al uso sobre la inducción al suicidio se presentan como una reproducción, con meras distinciones terminológicas, de la composición teórica habitual de la instigación presente en cualquier manual de la Parte General⁸. Baste con señalar los *topoi* argumentales utilizados en la literatura sobre el tema: creación de la resolución en la mente de la persona influenciada y *omnimodo facturus*⁹, inducción directa¹⁰, exigencia de «doble dolo» y su incidencia en la concreción del hecho objeto del influjo psíquico y su destinatario¹¹, entre otros. Estas notas suelen proyectarse en una definición paradigmática que, en palabras de JUANATEY DORADO, reza: «la inducción ha de ser directa (ha de ejercerse directamente sobre persona determinada —el suicida— y no a través de un tercero) y eficaz (ha de hacer surgir la resolución suicida antes inexistente)»¹².

Lo mismo ocurre en la práctica de los tribunales, donde se tiende a mimetizar la definición al uso de la inducción elaborada por el Tribunal Supremo¹³. El AAP Madrid, Sección 16ª, 170/2006, de 24 de marzo (ECLI:ES:APM:2006:3401A), se ha manifestado de forma muy nítida en este sentido. La inducción al suicidio, se indica en la resolución, «ha de ser directa, clara, terminante, con claras acciones tendentes a forzar la voluntad del sujeto a causarse la muerte, que pudiera ser que él no hubiera deseado ni pensado hacer». Ello impediría, como se establece en el auto, desaprobar jurídicamente aquellos influjos que no fueran directos ni se ejercieran «sobre el psiquismo de un ejecutor material determinado» (p.ej., no acompañar al psiquiatra a la esposa que luego decide suicidarse o «no ser un buen marido»). De manera todavía más rotunda se ha pronunciado la SAP Vizcaya, Sección 1ª, 28/2009, de 23 de abril (ECLI:ES:APBI:2009:223): «es claro que han de darse todos los requisitos propios de la inducción: ánimo de inducir, y de que el inducido realice la conducta, lo que imposibilita las modalidades imprudentes y aún doloso

⁵ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Inducción y cooperación al suicidio. Eutanasia», *Memento Penal*, 2023, nm. 7160.

⁶ OLMEDO CARDENETE/BARQUIN SANZ, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», en ROXIN/MANTOVANI/BARQUÍN/MIGUEL OLMEDO, *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, 2001, p. 131, indicando que «las conductas descritas en los dos primeros apartados del art. 143 CP se inspiran en las formas de participación accesoria previstas en el párrafo segundo del art. 28 CP», añadiendo en n. 79 que «la “inducción al suicidio”, como tal inducción, no presenta problemas específicos. Rigen, pues, las reglas generales».

⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/BARBER BURUSCO, *RNFP*, (8-79), 2012, pp. 128 s.; FELIP I SABORIT, «El homicidio y sus formas», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 2025, p. 55; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *Memento Penal*, 2023, nm. 7160 ss.; ÍÑIGO CORROZA, «Inducción al suicidio y solidaridad intersubjetiva: fundamentos para una reinterpretación del art. 143.1 CP», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (25-15), 2023, pp. 21 ss.

⁸ Para un tratamiento monográfico, véase GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, *passim*.

⁹ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *Memento Penal*, 2023, nm. 7160; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/BARBER BURUSCO, *RNFP*, (8-79), 2012, p. 128; ÍÑIGO CORROZA, *RECPC*, (25-15), 2023, p. 22; OLMEDO CARDENETE, en *Eutanasia y suicidio*, 2001, p. 134.

¹⁰ FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho penal*, 2025, p. 55.

¹¹ ÁLVAREZ GARCÍA/MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «Inducción y cooperación al suicidio. Homicidio consentido. Eutanasia», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/VENTURA PÜSCHEL (coord.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial*, t. I, 2024, pp. 260 s.

¹² JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, 1994, pp. 113 s.

¹³ Véase como referencia actual la STS 487/2019, Penal (Pleno), de 15 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3313).

eventuales» pues, pese a tratarse de autoría en un delito particular, «circunstancialmente coincide con una forma de participación como es la inducción que ha de ser causalmente eficaz para la producción del suicidio, por lo que el dolo del inductor debe referirse siempre al suicidio quien debe actuar con la finalidad de que el sujeto pasivo definitivamente se suicide». Con todo, para poder hablar de una inducción adecuada, es necesario constatar una «intensidad, relevancia e inequívoca significación» en los actos motivadores llevados a cabo por el inductor.

Esta forma de definir la inducción al suicidio explica, en parte, los escasos pronunciamientos condenatorios sobre la cuestión. Así pues, en relación con la segunda verdad a la que hacía referencia, precisar que, tras una búsqueda en la base de datos CENDOJ en el período comprendido desde el año 1995 hasta el presente, solo he encontrado dos sentencias condenatorias por la comisión del delito de inducción al suicidio¹⁴. Mi hipótesis, como indicaba, es que trasladar la dogmática elaborada a partir del art. 28.b) CP a la construcción de la conducta típica del art. 143.1 CP ha generado una especie de *interpretatio abrogans* de este último precepto: exigimos tanto, que los casos que podrían considerarse típicos se aproximan peligrosamente al ámbito del homicidio en autoría mediata, mientras que aquellos que podrían coincidir con la fenomenología más habitual de la incitación al suicidio son expulsados del ámbito de prohibición del art. 143.1 CP. Ambas resoluciones permiten constatar este problema dual. La primera, por castigar en un caso situado en la fina línea de separación entre la inducción al suicidio y un delito de homicidio en autoría mediata. La segunda, por constituir una sentencia de conformidad en el marco de un procedimiento que, de haberse eludido este mecanismo procesal, podría haber dado lugar a una resolución absolutoria. El primer supuesto está contenido en la SAP Vizcaya, 28/2009, de 23 de abril (ECLI:ES:APBI:2009:223):

Caso 1: *E, F y G*, menores de edad, conviven con su madre, *C*. Esta última lleva años ejerciendo actos de maltrato físico y psicológico sobre sus hijas. Un día, *E*, de 11 años de edad, le comunica a su madre que ha suspendido una asignatura en la escuela. *C* empieza a golpear a *E* y la obliga a permanecer desnuda en su habitación a modo de castigo, ordenando a sus otras hijas que golpeen a la menor con una cuchara. Esta última, en una situación de alto estrés, ruega a su madre ser perdonada pues, de lo contrario, se tirará por la ventana porque «para vivir así me quiero morir». *C* le dice a su hija que no vale nada y que lo mejor que puede hacer por la familia es saltar por la ventana, obligando a las hermanas a que le digan lo mismo y le retiren la palabra durante todo el día. Al cabo de unos minutos, *E* se lanza por la ventana con la intención de acabar con su vida. Pese a sobrevivir, acaba sufriendo graves lesiones.

La sentencia, por exigencias del principio acusatorio al haberse limitado la acción penal al delito del art. 143.1 CP¹⁵, no abordó la posibilidad de calificar alternativamente el caso como un supuesto de autoría mediata, pese a dejar apuntada *obiter dicta* la cuestión. Sin embargo, tanto el grado de madurez de la víctima como la intensidad de la acción motivadora llevada a cabo por la acusada podrían haber justificado perfectamente esta calificación¹⁶. Sin ir muy lejos, el pasado

¹⁴ La SAP Barcelona, Sección 5ª, 528/2012, de 21 de mayo (ECLI:ES:APB:2012:5505), condenó como cooperador, pero no inductor, al sujeto que informó al finado sobre cómo inyectarse una dosis letal de heroína, intentando en todo momento «disiparle cualquier temor o duda que el hecho de causarse la propia muerte le pudiese angustiar, lo que habría podido llevarle a desistir del suicidio». Véase una crítica a esta resolución en ÁLVAREZ GARCÍA/MANJÓN-CABEZA OLMEDA, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/VENTURA PÜSCHEL (coord.), *Tratado de Derecho penal español*, t. I, 2024, pp. 265 s.

¹⁵ La resolución solo se centró a analizar si la muerte del suicida (no alcanzada en el presente caso) constituye un elemento objetivo del tipo a modo de resultado o una condición objetiva de punibilidad, decantándose por la primera opción y aceptando la concurrencia de un delito del art. 143.1 CP en grado de tentativa.

¹⁶ En su FJ 8.ª, la sentencia indica que, «partiendo de la definición del suicidio típico como “la muerte querida de una persona imputable”» se ha planteado excluir la calificación de suicidio «si el sujeto es menor de edad, enfermo

2022, un Tribunal del Jurado condenó por un delito de homicidio doloso a un sujeto que influenció a otro menor de edad para que saltara al vacío desde el piso de sus padres. Hago referencia al caso contenido en la SAP Castellón 11/2022, de 29 de julio (ECLI:ES:APCS:2022:555):

Caso 2: *D* contacta a través de *WhatsApp* con *Z*, de 17 años de edad, quien había accedido previamente a una página de adultos por internet, y le manda más de 119 mensajes en menos de tres horas, amenazándole con explicarle a sus padres que había entrado en esa página para mantener relaciones con hombres adultos. El menor le dice a *D* que tiene 17 años y le pide reiteradamente disculpas, e incluso le manda mensajes de audio diciéndole «por favor no lo hagas», «haré lo que quieras» o «me vas a arruinar la vida», y le indica repetidamente que, si continúa así, se va a suicidar. *D* es plenamente sabedor de la angustia y del desasosiego que está produciendo en el menor, hasta el extremo de querer quitarse la vida, y conociendo la alta probabilidad de que se produzca la muerte del menor suicidándose como le había anunciado, y aceptándolo, continúa mandándole mensajes hasta que *Z*, a las 18:40 horas de ese mismo día, salta al vacío por el patio interior del edificio de su domicilio, produciéndose su fallecimiento¹⁷.

La segunda condena, de conformidad, está contenida en la SAP Almería 52/2023, de 17 de febrero (ECLI:ES:APAL:2023:260), y se asienta sobre el siguiente supuesto de hecho:

Caso 3: *C* mantiene una relación de pareja con *H*, con quien ha adoptado una actitud agresiva y de continua intimidación, sometiendo tanto a agresiones físicas (patadas, pisotones, puñetazos, golpes contundentes) como a actos de control (quitarle las llaves de casa para evitar que salga a la calle, arrebatarle el móvil para que no tenga contacto con ninguna persona, encerrarla en casa para que no asista al médico tras golpearla, dejarla incomunicada en una habitación con rejas, obligarla a dejar el trabajo, vigilarle sus cuentas, no permitirle hacer compras libremente, abrirle la correspondencia, conminarla a dirigirse al dormitorio cuando hay visita, obligarla a mirar de frente y no desviar la vista hacia ningún hombre cuando caminan por la calle). Este comportamiento se ha mantenido de forma reiterada durante años, lo que ha causado a la víctima un daño psicológico y psíquico compatible con un proceso de violencia de género de carácter habitual y un malestar emocional significativo. Un día, tras la enésima agresión física padecida a manos de su pareja, *H*, como consecuencia de la presión ejercida sobre esta y de la situación de desesperación a la que había sido conducida, coge un cuchillo de la cocina y se lo clava en el estómago, sufriendo una herida de arma blanca de grandes dimensiones. Pese a la hemorragia, *H* sobrevive gracias a la atención médica recibida por los servicios de emergencia.

Esta particularidad procesal impidió una discusión sobre el fondo del asunto que, a efectos del art. 143.1 CP, podría haber acabado con la absolución del acusado. En efecto, la restricción de la inducción al suicidio a los «influjos eficaces y directos» impediría castigar supuestos como el planteado en esta resolución, en los cuales, el sujeto activo no emite una influencia expresamente incitadora, sino que se limita a crear (dolosa o imprudentemente) una situación

mental o cuando el consentimiento es obtenido por violencia, engaño o cualquier otro vicio, considerando que ante la ineficacia del consentimiento por la presencia de alguno de los aludidos vicios, nos encontraríamos ante una autoría mediata de homicidio en la que el suicida no es más que un instrumento ciego lo que ocurriría cuando se trate de un inimputable, e incluso en casos de semimputabilidad y siempre que no pueda confirmarse la plena responsabilidad del suicida».

¹⁷ Crítico con esta sentencia, RODRÍGUEZ ALMIRÓN, «El suicidio en el ámbito laboral. Tratamiento jurídico-penal de la inducción al suicidio», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, (11-3), 2023, p. 288. Un caso que también acabó con una condena por homicidio puede encontrarse en la SAP Vizcaya, Sección 6ª, 68/2006, de 29 junio (ECLI:ES:APBI:2006:888). En este supuesto, una mujer, en avanzado estado de gestación, había sido encerrada con llave en una habitación por su marido, el cual había protagonizado múltiples episodios previos de violencia de género. Ante el temor de que su esposo pudiera acabar con su vida, la víctima decidió escapar del lugar, saltando por la ventana.

estimulante a través de actos indirectos (en este caso, las agresiones físicas y el control permanente). En el ámbito de la inducción al delito, estos supuestos suelen analizarse al hilo de la discusión sobre los medios incitadores penalmente relevantes¹⁸. La doctrina mayoritaria se muestra bastante contraria a incluir estos casos en los márgenes de la prohibición de la inducción al delito, bien sea por cuestiones probatorias¹⁹, bien sea por exigir un contacto espiritual entre el instigado y el instigador²⁰, bien sea por entender que estos supuestos no superan el filtro de la imputación objetiva²¹. En el ámbito del art. 143.1 CP, esta idea se ha traducido en considerar atípicos, en tanto que medios idóneos para inducir al suicidio, los casos de *bullying* y *mobbing*²².

El supuesto en el que un menor de Hondarribia se suicidó tras sufrir reiterados episodios de acoso escolar asentó en la conciencia jurídica esta última afirmación. De forma muy resumida, la SJM Donostia-San Sebastián 86/2005, de 12 de mayo (ECLI:ES:JMESS:2005:2), que absolvió a los ocho acusados, todos ellos menores de edad, de un delito de inducción al suicidio, se apoyaba en los siguientes hechos probados:

Caso 4: *J*, el primer día del curso escolar de sus estudios de Educación Secundaria, sufrió un problema intestinal que le provocó una defecación involuntaria en clase. Este hecho motivó que los días siguientes, durante dos semanas aproximadamente, recibiera burlas e insultos de sus compañeros. A principios del curso siguiente, tras un conflicto durante el verano con su cuadrilla de amigos, los actos de acoso contra *J* se intensificaron. Durante todo el mes de setiembre, *J* fue víctima de continuas humillaciones y vejaciones por parte de los integrantes de su antigua cuadrilla. Entre otras acciones, *J* recibía empujones, tortas en la cara, cachetes con la mano en la cabeza o insultos como «chivato» o «cagón». El episodio más grave tuvo lugar a mediados de septiembre, cuando *J* fue empujado por uno de sus antiguos amigos y empezó a recibir patadas en las piernas y golpes en el abdomen mientras era insultado. Tras algún episodio de absentismo escolar, conocido tanto por los padres como por el centro, *J* se precipitó voluntariamente desde lo alto de las murallas de su localidad, muriendo en el acto.

La sentencia citada absolvió a los menores acusados sobre la base de dos motivos. En primer lugar, por no concurrir dolo en los presuntos inductores. Al respecto, la resolución indica que, «en modo alguno, estos ocho menores en su comportamiento (...), basado en insultos, agresiones y vejaciones, pensaron que su compañero iba tomar esta trágica decisión». En segundo lugar, por la existencia de otros factores desencadenantes (muchos de los cuales no fueron acreditados) que, al parecer de los peritos que participaron en el procedimiento, podían explicar de forma concurrente el acto autolítico del menor (p.ej., factores individuales cognitivos, biológicos o familiares). Con todo, la sentencia indica que «[b]ajo ningún concepto ni elemento de prueba de

¹⁸ Sobre esta discusión, véase GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 173 ss., 214 ss.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, 2000, pp. 528 ss.

¹⁹ Así, DEL ROSAL BLASCO, «Sobre los elementos del hecho típico en la inducción», *Cuadernos de Política Criminal*, (4), 1999, pp. 123 s.

²⁰ BALDÓ LAVILLA, «Algunos aspectos conceptuales de la inducción (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Días Palos)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (3), 1989, pp. 1097 ss.; FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, p. 409; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, p. 52.

²¹ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 458. Parecido, aunque desde la perspectiva de la teoría del requerimiento sancionador, REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 103. Parcialmente en contra, CHRISTMANN, *Zur Strafbarkeit sogenannter Tatsachenarrangements wegen Anstiftung. Ein Beitrag der Lehre von der objektiven Zurechnung zum Strafgrund der Anstiftung*, 1997, pp. 114 ss.

²² FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho penal*, 2025, p. 55; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *Memento Penal*, 2023, nm. 7160. Para el caso del acoso laboral, véase especialmente RODRÍGUEZ ALMIRÓN, *RICRLDE*, (11-3), 2023, pp. 293 s.

los analizados en la vista, podemos concluir que ninguno de los ocho menores, tan siquiera en su actuación grupal, que es la que les hacía más fuertes y despiadados, ha sido inductor a la muerte (...), no ha pasado por su cabeza en ningún momento que esto iba a ocurrir. Que le causaban daño sí, como analizaremos en el tipo imputado por el Ministerio Fiscal, pero que su actividad lesiva y vejatoria iba encaminada a buscar un suicidio no».

Pese a las interferencias que pudiera provocar el análisis de los aspectos del tipo subjetivo (la concurrencia o no de dolo, aunque sea eventual) en la concreción de la conducta objetivamente prohibida, esta última sentencia permite concluir que, a los efectos de inducir al suicidio, se requiere algo más que la creación de un mero contexto estimulante²³. El problema, como se deduce de la primera sentencia, es que este «algo más» nos obliga a reparar en situaciones de una alta intensidad motivacional, o bien por las características del influjo psíquico, o bien por las circunstancias personales del sujeto pasivo (menor de edad, semiimputable). Si el paradigma debe encontrarse en esta peligrosa y difusa frontera entre el art. 143.1 CP y el homicidio en autoría mediata, cabe preguntarse si realmente hay espacio para el primer precepto. Porque, de una lectura de todas estas sentencias, teniendo en cuenta sus específicas circunstancias procesales, la impresión es clara: o la interacción motivacional, por indirecta, es atípica, sin perjuicio de poderse subsumir en algún delito contra la libertad, contra la integridad moral o contra la integridad física y psíquica; o dicha interacción, por intensa, es típica, pero a efectos de un homicidio doloso o imprudente. Este enorme salto cuantitativo y cualitativo no se entiende si la misión del art. 143.1 CP es, entre otras, reducir el espacio de la autoría mediata a favor de una figura intermedia entre la atipicidad y la (digamos a efectos retóricos) tipicidad máxima²⁴.

Ante esta situación, mi objetivo es reconstruir los márgenes de la libertad de acción (comunicativa y relacional) en conexión con las posibles reacciones autolíticas de terceras personas que permita tanto asegurar la existencia del art. 143.1 CP como reservar un espacio para el homicidio en autoría mediata. A estos efectos, continuaré el presente artículo criticando los paralelismos con los que la doctrina presenta la inducción al delito y la inducción al suicidio (apdo. 2). Sobre la base de las ideas que asentaré al respecto de esta cuestión, analizaré dos aspectos fundamentales para la definición del fundamento y la extensión de la prohibición de motivar al suicidio. Por un lado, qué es lo que debemos entender por suicidio, como subgénero de los actos autolíticos, desde la perspectiva del Derecho penal (apdo. 3). Por el otro, cuál es el estatuto deontológico del suicidio en Derecho español y qué consecuencias jurídicas (principalmente, para terceros) se desprenden de esta condición (apdo. 4). Aclaradas estas cuestiones, estaré en posición de abordar *por qué* y en *qué* casos debe dotarse de relevancia jurídico-penal un acto de instigación al suicidio (apdo. 5).

2. Inducción al delito e inducción al suicidio, ¿figuras análogas?

2.1. Denominador común y divergencias

El tratamiento paralelo de los arts. 143.1 y 28.a) CP que he esbozado en el anterior apartado se asienta sobre una impresión doctrinal que DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y BARBER BURUSCO se han

²³ La máxima general, en palabras de OLMEDO CARDENETE, en *Eutanasia y suicidio*, 2001, p. 133, rezaría: «[l]a inducción debe materializarse siempre en una invitación inequívoca y abierta a la comisión del suicidio por parte de la víctima».

²⁴ Lo apunta PEÑARANDA RAMOS, «Participación en suicidio, eutanasia, autonomía personal y responsabilidad de terceros», en TOMÁS-VALIENTE LANUZA (ed.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, 2021, pp. 205 s.

encargado de resumir de forma muy gráfica: «sistemática y teleológicamente resulta muy discutible establecer menores requisitos para la inducción a un hecho atípico (el suicidio) que para la inducción a un delito»²⁵. Una primera aproximación al tema permitiría justificar consignas como la anterior: tanto quien induce a cometer un delito como quien induce a otro al suicidio despliega un comportamiento motivacional destinado a apuntalar la decisión de su destinatario en uno u otro sentido. Sin embargo, hasta aquí llegan las similitudes. Ciertamente, el hecho de poder efectuar una explicación retrospectiva de un suceso aludiendo a un específico detonante motivacional no es suficiente para atribuir relevancia penal a este último. En el contexto de un proceso penal, en tanto que concatenación de actos dirigidos a reafirmar la vigencia de la norma de conducta infringida, esta relevancia solo podrá nacer de los presupuestos que legitiman internamente la imposición de la principal consecuencia por esta contravención, a saber, la pena como reacción jurídica merecida y necesaria. Es en este punto donde la inducción al delito y la inducción al suicidio deben tomar caminos diferentes.

Así pues, en la inducción al delito, el punto de partida desde el que proceder al análisis sobre el merecimiento y la necesidad de la imposición de pena al instigador estará formada, o bien por los denominados «tipos de participación», o bien por los tipos de la Parte Especial leídos desde la óptica de la teoría de la conducta típicamente desaprobada. Esta elección no importa ahora, pues, sea cual sea la vía que se transite, es válido afirmar que solo merece la pena del inductor aquel sujeto que desempeña un papel destacado en la formación de la ideación delictiva. Esta conclusión puede alcanzarse, o bien atendiendo a la equiparación penológica que efectúa el Código entre esta figura y la del autor *strictu sensu*, o bien abogando por una delineación de los marcos de tipicidad que no restrinja de forma insoportable la libertad comunicativa. Por lo tanto, es válido afirmar que solo induce quien apoya su influencia con mecanismos motivacionales que superan «con mucho el nivel de estímulo de la vida cotidiana»²⁶. Sin embargo, esta apreciación puede tildarse de demasiado indeterminada en la medida en que la identificación del grado de probabilidad de estimulación de un comportamiento delictivo en el caso concreto siempre estará sujeta a interpretaciones. Ni las leyes de la experiencia ni los modelos conductuales aportados por la psicología ofrecen soluciones fijas a través de las cuales discriminar aquellos comportamientos que, dada su intensidad motivacional, son merecedores de pena de aquellos otros que no van más allá de un umbral de tolerancia²⁷.

Frente a estas complicaciones, la estructura de la inducción, en tanto que comportamiento motivador que tiene por objeto un delito, nos dibuja una vía para concretar esta conducta típica. Por los motivos que aduciré a continuación, el camino indicado es intransitable para el caso de la inducción al suicidio. En efecto, la variación en el objeto de la conducta motivacional prohibida comporta diferencias estructurales de gran calado: el hecho de que el art. 28.a) CP se refiera a un comportamiento delictivo que solo podrá ser consecuencia de la infracción culpable de una norma da testimonio de dos elementos fundamentales. Por un lado, esta realidad nos informa del modelo de persona con el que debe enfrentarse el inductor para que su motivación resulte exitosa. Por otro lado, la dinámica referida instruye sobre cuáles son los mecanismos con los que puede valerse el inductor para motivar a alguien a cometer un ilícito jurídico-penal.

²⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/BARBER BURUSCO, *RNFP*, (8-79), 2012, p. 128. Igualmente, ÍÑIGO CORROZA, *RECPC*, (25-15), 2023, p. 11.

²⁶ HILGENDORF, «Was meint “zur Tat bestimmen” in § 26 StGB», *Juristische Ausbildung*, (1), 1996, p. 10.

²⁷ Sobre esta crítica, véase MARTÍNEZ SANROMÀ, *Motivación e intervención delictiva. Una reestructuración de la «participación psíquica»*, 2023, pp. 161 ss.

2.2. El destinatario del comportamiento motivacional

En la inducción al delito, un sujeto interpela a un agente que es exhortado, a su vez, por una norma de conducta penal. Si esta última preconiza el valor de un determinado interés (razón moral) y amenaza con pena a quien pudiera tener motivos para lesionarlo o ponerlo en peligro (razón prudencial), esto significa que se dirige a una persona cuya conducta puede explicarse en términos de racionalidad práctica²⁸. Quien motiva al delito se entromete, compitiendo, en esta dinámica comunicativa. Sobre esta premisa, tiene sentido reinterpretar la conexión entre la conducta del inducido y el comportamiento motivador del instigador en el siguiente sentido: un sujeto-hablante (inductor) da razones al sujeto-oyente (inducido) que hablan a favor de un determinado curso de acción²⁹. A través de este «mecanismo para hacer que alguien haga algo» [*Jemand-dazu-bringen-etwas-zu-tun-Mechanismus*]³⁰, el inductor da una razón normativa con la que valida la adecuación de una determinada forma de actuar³¹. La aptitud o conveniencia de la opción propuesta por el sujeto-hablante (cometer un delito) se apoyará sobre la base, o bien de razones prudenciales (la elección del curso de acción propuesto optimiza los recursos del sujeto-oyente), o bien de razones morales (la forma de actuar a la que se quiere motivar constituye una alternativa correcta en atención a un específico marco convencional de referencia)³². Cuando la razón que arguya el inducido para justificar o explicar su comportamiento delictivo coincida con la proyectada por el inductor, podrá concluirse que esta razón normativa se ha convertido en la razón explicativa (motivo en sentido estricto) de su actuar³³. De esta suerte, toda racionalización retrospectiva del comportamiento de este último sujeto podrá efectuarse aludiendo a la conducta motivacional del otro³⁴.

Esta, si se quiere, «ficción» da fe del carácter contingente de los conceptos de culpabilidad y responsabilidad³⁵. El Derecho (y sobre su base, el intérprete) institucionaliza una partición entre situaciones de normalidad y anormalidad motivacional, señalando qué aspectos permiten trazar una línea de separación entre dos modelos de personas. Por un lado, aquel sujeto cuyo comportamiento puede explicarse desde la estructura de la racionalidad práctica, de tal forma que tiene sentido imponerle toda la pena para confirmar la realidad de las razones (morales y prudenciales) sobre cuya fuerza se apoyaba la norma de conducta infringida³⁶. Por el otro, aquel sujeto que, dados unos factores psicológicos, emocionales o contextuales jurídicamente

²⁸ GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlegendiskussion*, 2009, pp. 356 ss.

²⁹ ENOCH, «Giving practical reasons», *Philosopher's Imprint*, (11), 2011, p. 14.

³⁰ KORIATH, *Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität*, 1988, p. 210.

³¹ MAÑALICH, «Intervención “organizada” en el hecho punible: esbozo de un modelo diferenciador», en COUSO/WERLE, *Intervención delictiva en contextos organizados*, 2017, pp. 39, 41.

³² BAYÓN MOHINO, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, 1991, pp. 54 s.

³³ MAÑALICH, en COUSO/WERLE, *Intervención delictiva en contextos organizados*, 2017, p. 41.

³⁴ GONZÁLEZ LILLO, *Autoría y participación como criterios de imputación penal. Una aproximación a su objeto, fundamento y estructura*, 2023, p. 195.

³⁵ Sobre esto, aunque en relación con el concepto de autonomía, FATHE-MOGHADAM, «Grenzen des weichen Paternalismus – Die blinden Flecken der liberalen Paternalismuskritik», en EL MISMO/VOSSENKUHL/SELLMAIER (eds.), *Grenzen des Paternalismus*, 2009, p. 21, indicando que este «no puede encontrarse en su esencia, empíricamente medible o psicológicamente diagnosticable, sino que denota un constructo normativo contingente».

³⁶ FRISCH, «Pena, delito y sistema del delito en transformación», *InDret*, (3), 2014, pp. 16 s. Sobre las implicaciones (más que poéticas) del postulado hegeliano de que la pena honra al delincuente como ser racional, véase PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso. Un estudio sobre las posibles repercusiones jurídicas de las relaciones entre la imputabilidad penal y la peligrosidad criminal*, 2021, pp. 276 ss.

determinados, es introducido en un ámbito de otredad, incapaz de comunicar algo con sentido³⁷, susceptible consiguientemente de ser tratado únicamente como una fuente de riesgos requerida de prevención. El Derecho refleja esta construcción dicotómica proyectándola a través de los conceptos de imputabilidad (normalidad) e imputabilidad (anormalidad). Como regla general, se presume que todo sujeto forma parte del primer grupo. Solo en casos muy específicos, el Derecho positivo advierte sobre la posibilidad de incluir al agente cuestionado en el segundo. Este es el papel que desempeñan, por ejemplo, las eximentes de anomalía o alteración psíquica (art. 20.1.º CP) o por intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas u otras sustancias (art. 20.2.º CP), así como el tratamiento de estas como circunstancias atenuantes (art. 21.1.ª CP).

La posibilidad de trasladar esta dualidad (imputabilidad, normalidad – imputabilidad, anormalidad) al ámbito del suicidio constituye una opción que plantea, pese a su atractivo, enormes dificultades. Para introducirlas pueden valer las expresivas palabras de FELIP I SABORIT, pues «tampoco debe obviarse que la mayoría de suicidios no son fríos actos de reafirmación de la autonomía individual, sino el dramático colofón de una fase depresiva dominada por la idea obsesiva de que la muerte es la única liberación posible»³⁸. De forma simple: «matarse» ni es ni implica lo mismo que cometer un delito. Con respecto a este último comportamiento, es válido (y funcional) que el ordenamiento jurídico simplifique la cuestión a través de la siguiente máxima: como regla general, todos responden (imputabilidad) por la conducta antijurídica, salvo que exista una circunstancia extraordinaria que permita considerar lo contrario (imputabilidad). Esta excepción a la regla general responde a un proceso de individualización limitado, pues si extendiéramos este último *ad infinitum*, llegaríamos a la conclusión (social y funcionalmente inasumible) de que, en realidad, nadie puede responder por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico determinado³⁹. Pero, con respecto al suicidio, nada nos impide seguir individualizando al máximo hasta alcanzar una conclusión que expresa (no sin cierta ironía) SILVA SÁNCHEZ: el marco en el que se suele desarrollar un acto suicida «no es el mejor contexto para ejercer esa magnífica autonomía del sujeto racional»⁴⁰.

¿Y cuál es ese marco? La denominada teoría psicológica interpersonal del suicidio, cuya pretensión es identificar aquellos individuos que presentan un mayor riesgo al efecto, remarca la importancia del carácter evasivo de este comportamiento en tanto que forma de escapar de una situación de sufrimiento⁴¹. De esta manera, este modelo explicativo comprende el suicidio

³⁷ Véase PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, pp. 237. Sobre la pena como reconocimiento de esa capacidad de comunicación, véase MAÑALICH, «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*, (24-1), 2011, pp. 94 ss.; CIGÜELA SOLA, «Reconocimiento, delito y pena: de Hegel a Honneth», *Política Criminal*, (15-29), 2020, pp. 213 ss.

³⁸ FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho penal*, 2025, p. 50. Igualmente, ÍÑIGO CORROZA, *RECPC*, (25-15), 2023, p. 20.

³⁹ PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, pp. 252 ss.

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, «Editorial. Suicidio alemán y “duelo americano”», *InDret*, (3), 2018, p. 1. Igualmente, con anterioridad, TORÍO LÓPEZ, «Hacia la actualización de la instigación y auxilio al suicidio y el homicidio consentido», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, (13), 1987, p. 228. No son pocas las voces que remarcan la incompatibilidad del modelo ideal de persona racional con el fenómeno en cuestión. En todo caso, véase, desde la clásica perspectiva kantiana, KÖHLER, *AT*, 1997, p. 255, considerando que suicidarse constituye un acto irracional en tanto que forma de autonegación, límite pragmático infranqueable, este último, del consentimiento libre. Sobre ello, críticamente, SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal. Parte General*, 2025, 22/52 ss.

⁴¹ JOINER, *Why people die by suicide?*, 2005, pp. 94 ss.; JOINER/VAN ORDEN/WITTE/SELBY/RIBEIRO/LEWIS/RUDD, «Main predictions of the interpersonal psychological theory of suicidal behavior: Empirical test in two samples of young adults», *Journal of Abnormal Psychology*, (118-3), 2008, pp. 634 ss. Puede leerse una completa explicación en

como la derivada de la conjunción de tres factores básicos: (i) el sentido de pertenencia frustrado [*low sense of belongingness*], en tanto que sentimiento de abandono y exclusión con respecto al grupo⁴²; (ii) la percepción de ser una carga para los demás [*perceived burdensomeness*]⁴³; y (iii) la adquisición de una capacidad para el suicidio, consecuencia del dolor experimentado y la ausencia de miedo a la muerte en tanto que (re)visualizada, esta última, como una salida a la situación de sufrimiento en el que se encuentra el afectado⁴⁴. En los estudios realizados bajo el paraguas de esta teoría, factores como el aislamiento social, el desempleo o la enfermedad física y/o psíquica constituyeron los principales estimulantes de la conducta suicida⁴⁵. Con todo, pese a no tratarse, como apuntan sus críticos, de un *explanans* definitivo y particularizado⁴⁶, el esbozo de esta teoría funge como modelo (acaso probabilístico) del contexto psicológico en el que suele desencadenarse un acto suicida.

Con esta base se está en posición de rechazar, en el ámbito de la inducción al suicidio, la «metáfora» hegeliana que ha acompañado la construcción histórica de la inducción al delito: quien induce a cometer un ilícito jurídico-penal determina al inducido a su propia autodeterminación⁴⁷. El Derecho penal debería rechazar lemas como el anterior y atender a la realidad psico-social del suicidio partiendo de la idea de que este comportamiento presenta una dimensión (mínimamente) patológica⁴⁸. Esto permitiría resaltar que la posibilidad de efectuar una racionalización retrospectiva de la conducta del instigado, a modo de silogismo práctico (algo viable en el marco del art. 28.b) CP por los motivos aducidos con anterioridad)⁴⁹, constituye una operación inapropiada en relación con el suicidio⁵⁰. En este último, las posibles razones normativas para la acción autolítica quedan difuminadas en el contexto de una acción eminentemente emocional.

castellano en ARMENGOU, *Romper el silencio. Reflexiones para entender y prevenir el suicidio entre los jóvenes*, 2024, pp. 91 ss.

⁴² JOINER, *Why people die by suicide?*, 2005, pp. 137 ss. Como indica CACIOPPO/PATRICK, *Loneliness: Human nature and the need for social connection*, 2008, pp. 135 ss., este factor se desencadena en la medida que no se satisface la «necesidad de pertenecer».

⁴³ JOINER/VAN ORDEN/WITTE/SELBY/RIBEIRO/LEWIS/RUDD, *Journal of Abnormal Psychology*, (118-3), 2008, p. 635, constituyendo un «error de percepción potencialmente fatal» en el que toman protagonismo ideas como «mi muerte valdrá más que mi vida para la familia, amigos, sociedad, etc.».

⁴⁴ VAN ORDEN/CUKROWICZ/WITTE/BRAITHWAITE/SELBY/JOINER, «The Interpersonal Theory of Suicide», *Psychological Review*, (117-2), 2010, pp. 590 s.

⁴⁵ Véase un estudio completo en KIMBERLY/VAN ORDEN/WITTE/GORDON/BENDER/JOINER, «Suicidal Desire and the Capability for Suicide: Test of the Interpersonal- Psychological Theory of Suicidal Behavior Among Adults», *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, (76-1), 2008, pp. 72 ss.

⁴⁶ HJELMELAND/KNIZEK, «The emperor's new clothes? A critical look at the interpersonal theory of suicide», *Death Studies*, (44-3), 2020, pp. 176 s.

⁴⁷ HÄLSCHNER, *Das preußischen Strafrecht*, t. II, 1858, p. 363. Recuperan en parte la idea, HRUSCHKA, «Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias», en EL MISMO, *Imputación y Derecho penal*, 2005, p. 171; JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, pp. 30 ss.; RENZIOWSKI, «Ist psychische Kausalität dem Begriff nach möglich?», en PAEFFGEN (ed.), *FS-Puppe*, 2011, pp. 201, 214.

⁴⁸ Igualmente, OLMEDO CARDENETE, en *Eutanasia y suicidio*, 2001, p. 111. Véase, sin embargo, VILLEGAS BESOR, «Semántica del suicidio», *Revista de Psicoterapia*, (34-124), 2023, p. 33.

⁴⁹ GONZÁLEZ LILLO, *Autoría y participación como criterios de imputación penal*, 2023, p. 194.

⁵⁰ Como indica MUÑOZ CONDE, prólogo a JAKOBS, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal*, 1999, p. 17: el modelo de persona que tiene enfrente el inductor al suicidio se aleja del paradigma de «ser autónomo, libre, capaz de decidir entre varias alternativas, sin influencias ni condicionamientos externos, y de crear su propio ámbito de competencias y de responsabilidad». Esta no sería, a su juicio, la imagen que «mejor se adapta o describe la actitud del ser humano frente a la muerte en momentos dramáticos y de confusión».

Lejos de lo que pudiera pensarse, nuestra *praxis* judicial asume la idea según la cual el suicidio es un comportamiento que se desarrolla en un contexto motivacional anómalo. Así pues, partiendo de esta premisa, en el Derecho laboral, la jurisprudencia considera el suicidio como un posible accidente de trabajo a los efectos del art. 156 de la Ley General de la Seguridad Social⁵¹. El apartado b) del numeral 4 de este precepto impide considerar accidente laboral aquellos percances que «sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado». Pues bien, sin que ello presuponga la ausencia total de voluntad, el Tribunal Supremo ha considerado que el suicidio no representa necesariamente un comportamiento «doloso», pues, en estos supuestos, «el gesto autolítico sería cometido fuera del dominio de la voluntad propia, en condiciones de perturbación psíquica o hundimiento del instinto de conservación esperable en cualquier ser humano, y ello no puede ser asimilable a una conducta dolosa»⁵². De esta forma, se entiende que, en el suicidio, «la voluntad, en cuanto facultad mental ligada a la vida, se ha doblegado (...) a determinismos determinantes de una determinación suicida»⁵³. Con todo, la existencia de un trastorno previo, acreditado a través de la baja del trabajador sobre la base de un diagnóstico médico, constituiría un requisito fundamental para afirmar la ausencia o merma de la voluntad, posibilitando así la desconsideración de «doloso» (en la terminología laboralista) del acto. Preciso este apunte extrapenal, considero que este camino, con las oportunas distinciones terminológicas habida cuenta de la asimilación que se hace del dolo con la «voluntad plena», permitiría centrar mejor el contexto motivacional en el que suele desarrollarse un influjo incitador que tiene por objeto el suicidio de otra persona. Con ello, se estaría en una posición más óptima para (re)definir y demarcar los espacios de libertad de aquellas terceras personas que pudieran llegar a interferir motivacionalmente en este ámbito ya de por sí motivacionalmente degradado. Analizo esta idea a continuación.

2.3. Los mecanismos de motivación típicamente relevantes

En el seno de una comunidad política que entroniza la libertad (art. 1.1 CE) y asegura un espacio de libre comunicación a los ciudadanos, no se puede pretender prohibir cualquier comportamiento comunicativo que pudiera incluirse en la racionalización retrospectiva de una conducta ilícita. El hecho de que el inductor reciba la misma pena que el autor también constituye una señal poderosa para abogar por una interpretación restrictiva de los márgenes de la prohibición de motivar al delito⁵⁴. Sin embargo, este margen de tolerancia tampoco puede dar pie a que exista la posibilidad de que se erosionen los mecanismos motivacionales con los que la norma pretende guiar los comportamientos de su destinatario⁵⁵ (en situaciones de normalidad: la enfatización de un valor –razón moral– y la amenaza de pena –razón prudencial–). El camino para compatibilizar ambas pretensiones pasa por prohibir aquellas motivaciones que prescriban el comportamiento delictivo de alguien a costa de una perturbación insoportable de la

⁵¹ Fundamentales, SSTs, Social, de 25 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:7151); de 4 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:9157). Véase, en todo caso, una crónica jurisprudencial completa en LÓPEZ FERNÁNDEZ, «El suicidio: criterios doctrinales y jurisprudenciales para su calificación como accidente de trabajo», *Revista de Relaciones Laborales*, (49), 2023, pp. 201 ss.

⁵² LÓPEZ FERNÁNDEZ, *RRL*, (49), 2023, p. 196.

⁵³ LOUSADA AROCHENA, «El suicidio como accidente de trabajo: ¿qué hay que probar y cómo probarlo?», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, (4), 2023, p. 5.

⁵⁴ HILGENDORF, «Was meint “Zur Tat bestimmen” in § 26 StGB», *JA*, 1996, p. 10; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 78 ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 458; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, 1999, pp. 506 s.

⁵⁵ GARCÍA CAVERO, «La instigación al delito: ¿forma de participación o delito autónomo?», en BÖSE *et al.* (eds.), *FS-Kindhäuser*, 2019, pp. 137 s.

operatividad de estas herramientas⁵⁶. Así pues, parece razonable concluir que solo merece la pena del inductor aquel sujeto que determina⁵⁷ a la persona de delante valiéndose de mecanismos opuestos a los que utiliza la norma⁵⁸: frente a la amenaza de pena, otro tipo de amenaza o promesa de recompensa⁵⁹; frente a la razón moral, el uso de algún tipo de ascendiente sobre el inducido⁶⁰. Solo en aquellos casos (minoritarios) en los que el propio Derecho reconozca la menor capacidad de sus instrumentos de motivación dada la estructura de su destinatario o el contexto en el que este se encuentre (situaciones de anormalidad), sería factible rebajar la exigencia típica de los mecanismos de motivación delictiva. Para la comprensión del art. 28.a) CP se perfila, entonces, un axioma definitivo: no debe tolerarse un desbaratamiento de los mecanismos motivacionales que utiliza la norma primaria (*fundamento de la prohibición*) a través de herramientas comunicativas equiparadas en fuerza a aquellos (*extensión de la prohibición*).

Frente a este esquema, el hecho de que el suicidio no esté proscrito por norma penal alguna y se refiera a un sujeto que, la mayor parte de las veces, se encuentra en un contexto motivacional anómalo deshabilita cualquier posibilidad de trasladar esta comprensión de la inducción (por cierto, altamente restrictiva) al ámbito del art. 143.1 CP⁶¹. Y ello, con independencia de que el legislador haya querido utilizar simultáneamente el mismo término en ambos preceptos. Ciertamente, no parece razonable exigir las mismas «armas motivacionales» tanto para formar la voluntad de delinquir a quien normativamente se presume «normal» y que dispone de razones normativas fuertes para rechazar las del inductor (básicamente, la amenaza de pena) como para impulsar una decisión suicida a quien, por definición y salvo casos extraordinarios, se encuentra en una situación demasiado difícil como para ponderar adecuadamente las razones a favor y en contra de esa acción. En la inducción al suicidio, el agente motivador carece de una referencia para moldear la intensidad de su mensaje comunicativo (en otras palabras: no hay norma alguna que se dirija al eventual suicida de la que desprender una fuerza contra-motivacional concreta). Además, tal exigencia comportaría (y comporta, en la práctica) una derogación material del precepto referido habida cuenta de la incompatibilidad de su carácter restrictivo con la realidad del suicidio. Pues, si los medios de motivación se reducen al binomio amenaza/promesa y a los casos de ascendencia moral, prácticamente ningún supuesto de instigación al suicidio podrá reconducirse a este esquema.

La estructura referida solo sería viable en supuestos de «suicidio exorreferencial», en los cuales «la persona decide quitarse o entregar la vida para satisfacer un valor altruista, adherirse a una norma externa, a una decisión colectiva o a una causa compartida»⁶². En este contexto, toman relevancia

⁵⁶ STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 242 ss.

⁵⁷ «Determinar» [*bestimmen*] es el verbo rector utilizado en Alemania por el § 26 StGB. Sobre su relación con la idea de «prescripción», véase PAWLIK, *El derecho de las personas mayores en el derecho penal: importancia y alcance del principio de autonomía del paciente*, 2022, p. 9; JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, 1988, p. 122 nota 99.

⁵⁸ AMELUNG, «Die Anstiftung als korrumpierende Aufforderung zu strafbedrohten Verhalten», en HOYER *et al.* (eds.), *FS-Schroeder*, 2006, p. 177; STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 242 s.

⁵⁹ AMELUNG, en HOYER *et al.* (eds.), *FS-Schroeder*, 2006, p. 157; REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, pp. 121 ss.

⁶⁰ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 682 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, «Autoría y participación delictiva», *Memento Penal*, 2023, nm. 3030.

⁶¹ Quizás desde otras perspectivas, más laxas, sería plausible trasladar el contenido típico del verbo «inducir» del art. 28 CP al art. 143.1 CP. Sin embargo, creo que este modelo es el mejor para superar las implicaciones del objeto de la conducta motivacional descrita por el art. 28 CP (un delito: autorresponsabilidad y prohibición de regreso). Para el art. 143.1 CP, las implicaciones de su objeto (el suicidio) son distintas.

⁶² VILLEGAS BESOR, *Revista de Psicoterapia*, (34-124), 2023, p. 16.

los suicidios realizados en ámbitos sectarios, donde el líder de la organización puede considerarse un ascendente moral que interpela, desde un marco convencional (y particular) de referencia, a los miembros del culto (p.ej., las inmolaciones terroristas⁶³). En relación con las «razones prudenciales o instrumentales», plantearse un caso de inducción al suicidio implica un esfuerzo imaginativo adicional. Un ejemplo de inducción a través de una promesa podría constituirlo el siguiente: *C* le promete a *B* que pagará un innovador tratamiento contra el cáncer para su pareja si este se suicida. Las cláusulas de los seguros de vida, que no pagan en caso de suicidio, podrían constituir una referencia para el andamiaje de esta contra-motivación. Para el supuesto de las amenazas, los problemas se multiplican. Así, resulta complicado identificar un caso en el que una amenaza cuya condición desencadenante constituya el suicidio no incapacite o menoscabe la autorresponsabilidad de la persona de delante, en principio, requisito indispensable para validar un caso de inducción y descartar la autoría mediata.

Por todo lo dicho, así como los márgenes de la libertad comunicativa pueden ampliarse ante decisiones que normativamente se presumen racionales salvo casos extraordinarios (cometer un delito), tiene sentido restringirlos cuando se proyectan sobre decisiones tomadas en un contexto motivacional subóptimo (cometer un suicidio)⁶⁴. Así pues, existe la posibilidad de delinear ciertos aspectos consensuados sobre *qué* es un delito y *cuál* es la valoración jurídica que este merece. Y con ello disponemos de una referencia para fundamentar y delinear la prohibición de motivar, justamente, al delito. Las consiguientes implicaciones del principio de autorresponsabilidad⁶⁵ y el *topos* de la prohibición de regreso invitan a seguir una línea muy restrictiva. Siguiendo esta dinámica, entonces, debemos entender *qué* es un suicidio y *cuál* es su valoración jurídica a los efectos de (re)construir el fundamento de la prohibición de su motivación y, muy especialmente, demarcar las fronteras típicas de esta misma interdicción. A esto dedicaré los siguientes apartados.

3. Dolor y alternativas. Un concepto (jurídico-penal) de suicidio

3.1. Una aproximación pre-penal

La legislación penal se refiere al «suicidio de otro» y lo contrapone a los conceptos de «eutanasia» y «homicidio». Esto es un signo evidente de que esta parte del ordenamiento considera que determinados comportamientos autolíticos merecen esa calificación frente a otros que no⁶⁶. En

⁶³ El caso de los atentados suicidas puede abrir la posibilidad de condenar al líder que ordena a los acólitos a inmolarse como autor de un delito de inducción al suicidio en concurso (ideal o medial) con un delito de asesinato terrorista en calidad de inductor. Repárese que el modelo de persona con el que se enfrenta el instigador es prácticamente el mismo tanto en la inducción al delito como en la inducción al suicidio: un sujeto (aparentemente) entusiasta con la posibilidad de acabar con su vida/cometer un delito para así alcanzar un fin ulterior. No obstante, no podemos señalar estos casos como paradigmas del fenómeno de la motivación al suicidio.

⁶⁴ Las reflexiones suscitadas al hilo del delito de estafa pueden ayudar a entender esta posición. Como indica PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño en el delito de estafa*, 2004, pp. 246 s., «de una víctima normal se espera que tenga suficiente capacidad intelectual para procesar correctamente la información transmitida por el autor, así que, si actúa descuidadamente y no presenta atención a la información, lo hace por su cuenta y riesgo», lo que no excluye que pueda ocurrir que la víctima «no est[é] en condiciones (fácticas) de tomar medidas de autoprotección que, en principio, le incumben según su posición en la relevancia económica», de tal forma que «inveracidades que, contempladas *ex ante*, serían consideradas irrelevantes por burdas, devienen eficaces en el caso de la víctima débil».

⁶⁵ Sobre ello, por todos, MONTERO, *Equivalentes funcionales de la pena retributiva. Teoría general y aplicación práctica al desistimiento de la tentativa, la regularización tributaria y la confesión*, 2023, pp. 115 ss.

⁶⁶ No abordaré los casos de autopuesta en peligro de la víctima, donde esta realiza el acto que conduce a su muerte de forma voluntaria, pero percibiendo solamente que este presenta un riesgo para la vida y no una lesión determinante e irreversible. Sobre la diferencia entre estos casos y el suicidio, véase por todos CANCIO MELIÁ,

este marco taxonómico, mientras que la diferencia entre suicidio y eutanasia se presenta más nítida y parece venir referida a una situación contextual y a la intensidad del consentimiento prestado, no ocurre lo mismo con la delimitación entre este primer concepto y aquellos casos de autolisis que deben ser depurados desde la óptica de un homicidio en autoría mediata. Ciertamente, frente a un acto autolítico llevado a cabo por una persona en cuyo *iter* de plasmación haya podido contribuir motivacionalmente un tercero, la primera pregunta que debemos plantearnos es si estamos realmente ante un suicidio o ante una «muerte (digamos) involuntaria»⁶⁷. Solo en el primer caso tendrá sentido reconsiderar típicamente la contribución de aquella tercera persona a los efectos de la regulación de la inducción, justamente, a un suicidio ex art. 143.1 CP. Escoger entre una y otra opción es fundamental, pues ambas posibilidades se excluyen mutuamente: inducir a un suicidio es un *aliud* (no un *minus*) con respecto a matar a alguien en autoría mediata⁶⁸.

Con esto claro, el uso por parte del Código penal de un concepto tan trabajado en otras disciplinas abre el interrogante sobre de qué manera debemos abordarlo. Una primera opción, que parece que es la que toma la doctrina mayoritaria, consistiría en componer una definición estrictamente jurídico-penal en uso de conceptos-tipo de este sector del ordenamiento (consentimiento, responsabilidad, dolo, dominio del hecho, imputabilidad, etc.), sobre la base, en todo caso, de una definición-raíz (muerte voluntaria, muerte consciente y querida, entre otras)⁶⁹. Partir de definiciones de esta clase no es equívoco. De forma parecida empezó a concretar el suicidio DURKHEIM⁷⁰ y con estas mismas características (voluntariedad, consciencia) suele aparecer en los estudios sobre la materia. Sin embargo, estas notas todavía no acentúan las circunstancias contextuales (biológicas, psicológicas) en las que suele tomarse una decisión de este tipo. Circunstancias que, por otro lado, son muy importantes para la conversión de esa definición-raíz en un concepto penal operativo. En otras palabras: la viabilidad del uso de términos jurídico-penales tales como responsabilidad, consentimiento o dominio del hecho en el ámbito del suicidio dependerá, en parte, de cómo caractericemos dicho fenómeno. Este último, como indicaba párrafos atrás, es completamente distinto a los fenómenos a los que suelen referirse estos términos (p.ej., cometer un delito en cuanto a responsabilidad)⁷¹. Por lo tanto, la adecuación de estos para caracterizar penalmente el suicidio dependerá de una (mínima)

Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, 3.ª ed., 2022, pp. 40 ss.

⁶⁷ Así opera la doctrina mayoritaria: SILVA SÁNCHEZ, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, pp. 453 ss.; JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, 1994, pp. 144 ss., 164 ss.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *Memento Penal*, 2023, nm. 7152; OLMEDO CARDENETE, en *Eutanasia y suicidio*, 2001, pp. 114 ss.

⁶⁸ Por ello, es criticable la propuesta de la Instrucción de la FGE 10/2005, de 6 de octubre, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil, de calificar subsidiariamente como homicidio imprudente el suicidio «causalmente conectado con los actos contra la integridad moral pero no imputable a título de dolo». Como acertadamente apunta TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *Memento Penal*, 2023, nm. 7160, «a menos que la persona que se quite la vida esté por debajo del umbral mínimo de capacidad que nos permita hablar de suicidio (en cuyo caso podría ser planteable la calificación apuntada), las conductas a las que se refiere la citada Instrucción serían de mera participación imprudente (...) en un suicidio, que, al no hallarse contempladas de modo expreso en el art. 143 CP (...) habrían de considerarse sencillamente como atípicas». Otra cosa es que, en términos político-criminales, sea aceptable incriminar una suerte de modalidad imprudente de inducción al suicidio.

⁶⁹ TORÍO LÓPEZ, «La noción jurídica de suicidio», en AA.VV., *LH-Serrano Serrano*, 1965, pp. 653 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, pp. 454 ss.; JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, 1994, p. 144.

⁷⁰ DURKHEIM, *El suicidio. Estudio de sociología*, 1928, p. 5: «se llama suicidio a todo caso de muerte que resulta, directa o indirectamente, de un acto, positivo o negativo, realizado por la víctima misma, a sabiendas del resultado» (con cursivas en el original).

⁷¹ Sobre este punto, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 3.ª ed., 2022, p. 485.

realidad, la cual condiciona y establece límites a las valoraciones normativas: toda conceptualización penal debe aludir a un fenómeno real, aunque normativizado, esto es, observado funcionalmente con base en las finalidades de este subsector del ordenamiento⁷².

Asentado lo anterior, huelga decir que intentar ofrecer una aproximación pre-jurídica para un fenómeno con tantas implicaciones antropológicas, psicológicas y filosóficas, entre otras, supone una tarea quimérica. Por ello, entenderá el lector que efectúe una rápida toma de posición y presente la aproximación más convincente que he encontrado al fenómeno del suicidio⁷³. A mi parecer, la misma aporta elementos a tener en consideración en el ámbito del Derecho penal. Paso a presentarla a continuación.

A tal fin, parto con una declaración efectista: nunca hemos vivido en un entorno tan proclive al suicidio como el actual. Determinados trabajos efectuados en el marco de la biología social lo remarcan, partiendo de la idea de que este fenómeno se debe principalmente a la conjunción de dos variables. De un lado, una serie de *inputs* capacitados para disminuir la *fitness* o adecuación biológica de las personas, esto es, todos aquellos elementos fundamentales para la selección natural y la transmisión generacional de los propios genes (un estado óptimo para la supervivencia física, la capacidad para la reproducción, la búsqueda y encuentro de pareja, el mantenimiento de unas condiciones materiales adecuadas al efecto, la estabilidad psicológica, etc.)⁷⁴. Por otro, un entorno altamente desarrollado y tecnificado que ofrece alternativas viables para la autodestrucción⁷⁵. El mundo moderno constituiría un contexto adecuado para acentuar esta combinación e incrementar el riesgo de suicidio en las personas afectadas por aquellos *inputs*. Ello permitiría comprender lo que, en esencia, constituye una «anomalía biológica», pues, por definición, «el suicidio no es un valor para la supervivencia»⁷⁶. Sobre esta premisa, toma sentido decantarse por la sugerente explicación psicológica que ofrece SOPER para entender mejor el fenómeno en cuestión. Según este autor, el suicidio se configura como una opción posible en la mente del eventual suicida en tanto que consecuencia de dos factores sumatorios. En primer lugar, la capacidad que tenemos los seres humanos (similar a la de otros animales) de experimentar dolor⁷⁷. En segundo lugar (y esto nos diferenciaría, en principio, de los demás animales), nuestra capacidad cognitiva para concebir el suicidio como un mecanismo satisfactorio para cesar este episodio de sufrimiento⁷⁸.

En este marco explicativo, el dolor constituiría el elemento detonante fundamental de la acción suicida. En ello coinciden la mayoría de aproximaciones al fenómeno referido⁷⁹. De esta forma,

⁷² Como indicó hace ya tiempo SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», *Diario La Ley*, 1987, p. 6, en relación, precisamente, con el suicidio, estos datos «no pueden ser ignorados: su desconocimiento conduciría a construir el esquema teórico jurídico-penal sobre bases falsas».

⁷³ Debo este «descubrimiento» a la elocuente explicación del psicólogo evolucionista Pablo MALO OCEJO, «Evolución y antropología del suicidio», *Encuentros de psiquiatría. De la antropología a la investigación y clínica de la conducta suicida*, 2019, pp. 18 ss.

⁷⁴ DECATANZARO, *Suicide and self-damaging behavior: A sociobiological perspective*, 1981, pp. 47 ss.

⁷⁵ DECATANZARO, *Suicide and self-damaging behavior: A sociobiological perspective*, 1981, pp. 60 ss.

⁷⁶ SOPER, «Ethological Problems with the Interpersonal Theory of Suicide», *OMEGA-Journal of Death and Dying*, 2024, (89-1), p. 296.

⁷⁷ SOPER, *The Evolution of Suicide*, 2018, pp. 72 ss.; EL MISMO, «Adaptation to the Suicidal Niche», *Evolutionary Psychological Science*, (5), 2019, pp. 457 ss.

⁷⁸ SOPER, *The Evolution of Suicide*, 2018, pp. 80 ss.; EL MISMO, *Evolutionary Psychological Science*, 2019, p. 459.

⁷⁹ GUNN, «Extended suicide», *Criminal Behaviour and Mental Health*, (27), 2017, p. 287; HUMPHREY, «The lure of death: Suicide and human evolution», *Philosophical Transactions of the Royal Society*, 2018, pp. 3 ss.; SHNEIDMAN, *The suicidal mind*, 1996, pp. 7 ss., 173 ss.

SOPER destaca que el dolor «[e]stá diseñado precisamente para motivar la acción evasiva, para poner fin o escapar de la sensación aversiva»⁸⁰. Al hilo de esta idea, MALO OCEJO expone de manera muy gráfica cómo «[e]l dolor nos motiva para la acción y hay una nueva acción que se convierte en prioritaria: escapar, acabar con el dolor. Un dolor intenso bloquea el acceso a nuestros recuerdos a largo plazo y nuestra capacidad de pensar de una manera reflexiva. Nuestra mente se concentra en una tarea: parar ese dolor. El dolor nos afecta cognitivamente y reduce el rango de nuestras percepciones y de nuestros pensamientos. La parte negativa para el tema que nos ocupa es que el dolor puede mover al suicidio como forma de interrumpir un dolor insoportable si es que no hay otra manera de tratar su origen. Cuando hablamos de dolor psíquico nos referimos a un paraguas que incluye la vergüenza, la culpa, la humillación, la soledad, la desesperanza y cualquier otra variedad de tormento psicológico. Para el organismo tiene sentido agrupar todas estas emociones bajo una misma emoción aversiva»⁸¹. Partiendo de esta base, la capacidad cognitiva de la persona de visualizar la acción autolítica como una salida a la situación de sufrimiento constituiría el último factor desencadenante para tomar tal decisión. Dolor e inteligencia constituirían, respectivamente, *motivo* y *medio* del suicidio.

3.2. Un revestimiento penal

Tal y como indica ÍÑIGO CORROZA, «es importante tener un concepto de suicidio propio del Derecho penal para determinar cuándo estamos ante esta realidad y, en consecuencia, la conducta del tercero tiene una determinada valoración jurídico penal distinta a la que tiene cuando no se trata de un suicidio»⁸². Sin embargo, prosigue la autora, «un análisis jurídico del suicidio (...) requiere de un análisis de [su] realidad fáctica»⁸³. Si identificamos esta realidad fáctica con el modelo acabado de exponer, cabe tener en consideración que toda caracterización penal del fenómeno referido debe partir de la idea de que el suicidio de una persona, como regla general, se realiza en un contexto de (mínimo) sufrimiento en el que el acto autolítico se presenta como una alternativa viable para poner fin a tal situación. Con todo, resulta elocuente proyectar este modelo en la definición planteada por el neurólogo Erwin STENGEL: un suicidio es un «acto consciente de autoaniquilación, que se entiende como un malestar pluridimensional en un individuo que percibe este acto como la mejor solución»⁸⁴. Repárese en que esta definición no se aleja de la mayoría de definiciones-base de las que parten algunas voces de entre la doctrina, las cuales suelen converger en la expresión «muerte voluntaria y consciente». Sin embargo, a esta ecuación, se incorpora un elemento fundamental: el malestar o dolor contextual como estímulo principal de esta decisión voluntaria⁸⁵.

Con esto presente, es importante advertir que partir de un modelo de suicidio ligado al sufrimiento y al dolor implica que su revestimiento penal no pueda operar con términos que hagan coincidir a la persona que lo lleva a cabo con el modelo ideal de «sujeto racional autónomo»⁸⁶. La víctima tiene que ser responsable, pero este concepto debe definirse en aquellos

⁸⁰ SOPER, *OMEGA-Journal of Death and Dying*, 2024, (89-1), p. 296.

⁸¹ MALO OCEJO, *Encuentros de psiquiatría*, 2019, p. 22.

⁸² ÍÑIGO CORROZA, *RECPC*, (25-15), 2023, p. 3.

⁸³ ÍÑIGO CORROZA, *RECPC*, (25-15), 2023, p. 25.

⁸⁴ STENGEL, *Psicología del suicidio y los intentos suicidas*, 1965, pp. 90 ss.

⁸⁵ No desatiendo, de nuevo, que puedan existir suicidios ajenos a este paradigma de anormalidad. Sobre la posibilidad de caracterizar una suerte de «suicidio racional», véase ALONSO SALAS, «Suicidio: ¿derecho de autodeterminación física o ejercicio de la libertad con respecto a la propia vida?», *Episteme*, (30-2), 2010, pp. 52 ss.

⁸⁶ Parecido, SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (3), 2018, p. 1.

términos que permitan compatibilizar tal responsabilidad con la situación anormal (emocional y psíquica) en la que se encuentra dicha víctima. De esta manera, debo rechazar la opinión de aquellos autores que revisten jurídico-penalmente el concepto de suicidio con términos tales como imputabilidad⁸⁷. Estas posiciones las podemos agrupar bajo el término de «concepto restrictivo de suicidio», según el cual, este solo podría atribuirse a una «muerte voluntaria, libre, consciente y responsable»⁸⁸. A este respecto, como indica JUANATEY DORADO, con una interpretación de estas características, «la mayoría de los supuestos de muerte voluntaria quedarían fuera de dicho concepto (...) [pues son] situaciones de profunda angustia y desesperación (...) las que llevan normalmente a las personas a la decisión de quitarse la vida. En tales circunstancias fácilmente podría decirse que la persona no toma una decisión libre y responsable»⁸⁹. Téngase en cuenta, en todo caso, que esta forma de concebir el suicidio está muy extendida en Alemania, lo que responde a una voluntad de restringir este concepto a expensas de una ampliación (bastante artificial) del homicidio en autoría mediata dada la ausencia de una inducción típica como ocurre en el caso de España⁹⁰. En nuestro ordenamiento, en cambio, un concepto como inimputabilidad casa mal con la contraposición que efectúa la legislación entre los arts. 143.1 y 138 ss. CP.

Frente a esta posición restrictiva, considero más adecuado conceptualizar penalmente el suicidio de una forma amplia, eludiendo el riesgo de vaciamiento de este constructo. A efectos de esta amplitud, puede resultar operativo partir de una definición penal de suicidio centrada en la institución del consentimiento⁹¹. Al fin y al cabo, consentir, en su sentido más débil, significa aceptar un determinado curso de acción⁹². En sus múltiples y variadas formas de aparición, es a partir del mismo como se estructura la atribución de (más o menos) libertad o autonomía a un comportamiento en atención a una específica decisión (mantener relaciones sexuales, realizar actos de disposición patrimonial, etc.). Con todo, es evidente que quien se suicida acepta su propia muerte. Y lo hace aceptando llevar a cabo un comportamiento que se presenta *ex ante* determinante para lesionar de forma irreparable su vida⁹³. Sin embargo, desde la simple aceptación hasta la aceptación entusiasta existe un espectro variable en lo que al grado de

⁸⁷ TORÍO LÓPEZ, en AA.VV., *LH-Serrano y Serrano*, 1965, p. 663; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo CP (art. 143)*, 2000, p. 42; OLMEDO CARDENETE, en *Eutanasia y suicidio*, 2001, pp. 115 s.; ROXIN, «Die Mitwirkun beim Suizid -ein Tötungsdelikt?», en JESCHECK/LÜTTGER (eds.), *FS-Dreher*, 1977, p. 346; BOTTKE, «Probleme der Suizidbeteiligung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1983, pp. 22 ss.

⁸⁸ Críticamente, JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, 1994, pp. 144 ss.

⁸⁹ JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, 1994, p. 165.

⁹⁰ MUÑOZ CONDE, «Provocación al suicidio mediante engaños: un caso límite entre la autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (40), 1987, p. 303. Frente a las propuestas político-criminales de suprimir la inducción al suicidio (p.ej., CARBONELL MATEU, «El castigo de la ayuda al suicidio es inconstitucional», *Derecho a Morir Dignamente*, (82), 2020, p. 11, tildando su incriminación de «práctica legal “hipócrita”»), debe oponerse la advertencia de PEÑARANDA RAMOS, en TOMÁS-VALIENTE LANUZA (ed.), *La eutanasia a debate*, 2021, pp. 205 s.: «la impunidad de la simple participación (inducción y auxilio) en el suicidio de otro no impide, sino que impulsa más bien, que algunas conductas que en principio podrían recibir tal calificación (y, de hecho, generalmente así la reciben entre nosotros y en otros países en que la participación en el suicidio es punible) sean tratadas en Alemania como casos de autoría mediata de homicidio a través de una interpretación más estricta de aquello en lo que consiste una muerte libre y responsablemente realizada o asumida por el afectado».

⁹¹ HERZBERG, «Beteiligung en einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt», *Juristische Arbeitsblätter*, 1985, pp. 336 ss.

⁹² CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Violaciones por engaño? Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual», *InDret*, (4), 2023, pp. 176 s.

⁹³ CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 3.ª ed., 2022, pp. 44 s.

intensidad se refiere⁹⁴. En la terminología de CASTELLVÍ MONSERRAT: entre un consentimiento en sentido débil y uno en sentido fuerte (aceptación libre y consciente), se ubica un amplio abanico de «consentimientos»⁹⁵. De allí la capacidad que tiene este concepto de adaptarse a las circunstancias tanto del caso como de aquello que constituye su objeto. Lo que se exija para consentir válidamente en un ámbito puede ser diferente en otro⁹⁶: las condiciones para ello no son las mismas. Su adaptabilidad y flexibilidad resulta, entonces, muy operativa para un ámbito tan propenso a las zonas grises como lo es el suicidio.

Con esto claro, ¿qué características debe reunir el consentimiento de la propia muerte para entender que estamos ante un suicidio y no ante un acto autolítico involuntario? Sobre este punto, CASTELLVÍ MONSERRAT recuerda que, en términos generales, estas características o «condiciones pueden delimitarse de forma positiva (como ocurre con el art. 156 CP cuando exige que el consentimiento sea “libre, consciente y expresamente emitido”) o negativa (prohibiendo expresamente las conductas realizadas mediante intimidación, engaño, etc.)»⁹⁷. El problema es que, para el caso del suicidio referido por los apartados 1, 2 y 3 del art. 143 CP, parece que el legislador ha renunciado a ofrecer una definición a partir de la cual identificar las posibles condiciones del consentimiento que lo estructuraría. Consiguientemente, el intérprete dispone de cierta libertad para demarcar estos requisitos en atención al modelo que presentaba en el anterior apartado.

Sobre lo dicho, está claro que la mera aceptación de este resultado fatal, en tanto que contenido mínimo del consentimiento en sentido débil, no puede ser suficiente. Esto último, entre otras cosas, porque el consentimiento así entendido se puede haber obtenido «viciadamente» (art. 156 CP) o mediando «violencia, amenaza o engaño» (art. 144 CP)⁹⁸. No creo que un acto autolítico aceptado por un sujeto para eludir la amenaza de un tercero (p.ej., «si no lo haces, mataré a tu hijo» –imagínese que el niño se encuentra presente y quien realiza la amenaza le está apuntando con un arma cargada) sea el «suicidio» al que se refiere el art. 143.1 CP. Sin embargo, tampoco creo que deba exigirse un consentimiento en su sentido más fuerte, a cuya caracterización podría servir la exigencia del art. 143.4 CP de una «petición expresa, seria e inequívoca» de la víctima a los efectos de atenuar la cooperación activa dado un contexto eutanásico⁹⁹. Exigir esta clase de consentimiento, «de forma que no quepan dudas razonables sobre el sentido de la voluntad del sujeto pasivo»¹⁰⁰, dejaría de lado los supuestos paradigmáticos de suicidio, donde es muy complejo alcanzar esta situación de plena certidumbre sobre el sentido voluntario de la acción. Además, no cabe olvidar que el precepto, a los efectos de condicionar esta atenuación extraordinaria a una específica intensidad, en palabras de BARQUÍN SANZ, «añade cautelas especiales a la exigencia de consentimiento de quien pronto pasará a convertirse de ser vivo, en

⁹⁴ Con respecto al consentimiento sexual, COCA VILA, «Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual», *InDret*, (3), 2023, p. 451.

⁹⁵ CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, p. 175.

⁹⁶ Sobre esto, PANTALEÓN DÍAZ/PUENTE RODRÍGUEZ, «Derecho penal y discapacidad a partir del nuevo paradigma de la convención», en MUNAR BERNAT (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad: El Derecho en el umbral de la política*, 2021, p. 143.

⁹⁷ CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, p. 189.

⁹⁸ Sobre el uso por parte del Código penal del término consentimiento en su sentido débil, véase CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (4), 2023, pp. 176 s.

⁹⁹ O, si se quiere ir más allá, los requisitos de la LORE a los efectos del ejercicio del derecho a la eutanasia.

¹⁰⁰ BARQUÍN SANZ, «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», en *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, 2001, p. 171

cadáver»¹⁰¹. Unas cautelas que, extrapoladas a todo tipo de suicidio, nos devolverían a un concepto restrictivo incapacitado para acoger las circunstancias de anormalidad motivacional en el que aquel suele realizarse.

Tampoco la referencia al consentimiento más cercana al ámbito del suicidio, la instada por el art. 155 CP, constituye un modelo óptimo. Como es sabido, este precepto impone la pena inferior en uno o dos grados en los delitos de lesiones cuando haya mediado «el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido», precisando acto seguido que «[n]o será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección». La inadecuación de esta definición se explica, principalmente, por dos motivos. En primer lugar, exigir que el consentimiento sea espontáneo, en tanto que acto de propio impulso, no es para nada útil en los casos del art. 143.1 CP, donde esta espontaneidad no es posible por definición dada la existencia de un impulsador externo¹⁰². En segundo lugar, excluir de la posibilidad de consentir la propia muerte a los menores de edad y personas con discapacidad necesitadas de especial protección contradice la propia legislación penal vigente. Así pues, cabe recordar que el art. 143 bis CP prohíbe la «distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar al suicidio de personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección». Ello constituye una señal poderosa de que el CP entiende que puede hablarse de suicidio con respecto a esta clase de sujetos.

A riesgo de quedar huérfanos de referencia alguna, repárese en que los anteriores párrafos ya permiten vislumbrar algún condicionante fundamental: (i) no podemos exigir un consentimiento plenamente fuerte, por las incompatibilidades de tal exigencia con la situación anormal en la que se encuentra el sujeto; (ii) puede hablarse de suicidio cuando la persona que protagoniza el acto autolítico es un menor de edad o un discapacitado; y (iii) la mera aceptación no es suficiente, pues esta puede ser consecuencia de una situación de error o de *vis compulsiva*. Con todo, considero que la tendencia casuística a la que se abre gran parte de la doctrina constituye un camino a recorrer muy adecuado en un ámbito tan poco propicio a los criterios rígidos como lo es el suicidio. Ciertamente, es preferible realizar un análisis caso por caso a los efectos de determinar si contamos con un consentimiento de la propia muerte lo suficientemente expresivo de la voluntariedad y consciencia requerida¹⁰³. En este abordaje individual, deberá repararse muy especialmente en aquellos casos fronterizos entre la inducción al suicidio y el homicidio en autoría mediata¹⁰⁴.

Constatada la concurrencia de un suicidio, las contribuciones (materiales o motivacionales) de terceras personas tendrán que entenderse referidas a un hecho con una dimensión comunicativa específica: la muerte consciente y voluntaria de una persona a depurar desde la óptica del art. 143 CP, no la muerte de otro a la que se refieren los arts. 138 ss. CP. Sobre esta idea, la completa

¹⁰¹ BARQUÍN SANZ, en *Eutanasia y suicidio*, 2001, p. 172.

¹⁰² Sin embargo, TAMARIT SUMALLA, «Art. 155», en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal*, t. II, 8.ª ed., 2024, pp. 1032, indica que la espontaneidad de un acto «no puede entenderse en el sentido de ausencia de toda influencia de terceros (incluida la mera inducción), sino como ausencia de coacción o intimidación que vicen la voluntad».

¹⁰³ Por esta línea abogan SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, p. 460 e ÍÑIGO CORROZA, *RECPC*, (25-15), 2023, p. 5.

¹⁰⁴ Sobre estos supuestos, me remito al estudio realizado al hilo de un comentario de jurisprudencia en MARTÍNEZ SANROMÀ, «¿Homicidio o inducción al suicidio? Comentario a la SAP Castellón 11/2022, de 29 de julio», *Diario La Ley*, (10675), 2025, pp. 1 ss.

valoración penal de estas contribuciones requiere de un último atributo: la calificación jurídica que merece el suicidio en nuestro ordenamiento. A partir de esta constatación, se estará en condiciones de entender a qué tipo de acontecimiento con trascendencia normativa se está motivando, cuestión básica para fundamentar y articular los márgenes de la prohibición emanada del art. 143.1 CP.

4. El estatuto deóntico del suicidio en el Derecho español

4.1. ¿Por qué permitimos el suicidio?

La valoración ético-jurídica del suicidio no ha sido siempre la misma. Hasta el auge del cristianismo, la reacción social frente a este fenómeno había sido intermitente, discurriendo entre el tabú y el reconocimiento, dependiendo también del contexto en el que se realizaba¹⁰⁵. La plena estructuración teológico-política de los territorios de la Europa occidental con base en el concepto de *societas christiana* propulsó la juridificación sin tapujos de una prohibición de suicidarse. Esta (ya nítida) interdicción proyectaba la renovación del pensamiento platónico¹⁰⁶ y aristotélico¹⁰⁷ que, tiempo atrás, se habían encargado de impulsar los Padres de la Iglesia¹⁰⁸ y que, siglos más tarde, se afianzaría gracias al planteamiento de figuras como Tomás DE AQUINO¹⁰⁹. A este último se le debe la fundamentación básica de esta prohibición: no es lícito suicidarse porque ello (i) «va contra la inclinación natural y contra la caridad por la que uno debe amarse a sí mismo», (ii) «injuria a la comunidad» de la que el suicida es parte y (iii) «peca contra Dios, como el que mata a un siervo ajeno peca contra el señor de quien es siervo» pues «la vida es un don divino dado al hombre y sujeto a su divina potestad». Con ello, concluye el Aquinate, «el tránsito de esta vida a otra más feliz no está sujeto al libre albedrío del hombre, sino a la potestad divina». Son numerosos los ejemplos legales históricos de las ideas antedichas, centrados en el reproche del suicida a través de «penas» *post-mortem* (confiscación de bienes, escarnio público del cadáver o entierros fuera del lugar santo)¹¹⁰.

Esta doble sumisión del ser humano al poder político y divino empezó a ser objetada con la inauguración de un proceso cultural de supuesta emancipación que alcanzó su cénit con la llamada Ilustración. Sin perjuicio de ciertas reflexiones previas durante el período renacentista, a HUME le debemos una de las primeras oposiciones explícitas a las ideas escolásticas. En un opúsculo, el filósofo escocés defiende la necesidad de desvincular el suicidio de una supuesta ofensa a Dios para, de esta manera, brindar una «salida» a quienes sufren¹¹¹. En su opinión, esta decisión no constituiría un acto injusto por dos motivos. En primer lugar, porque la elección de este desenlace no contradiría a la Divina Providencia, por bien que «[l]a sumisión a los planes providenciales que se nos pide en todo lo que acontece no excluye el que, haciendo uso de mis

¹⁰⁵ Sobre el suicidio en la sociedad occidental pre-cristiana, véase GONZÁLEZ-COBO, *Semper dolens. Historia del suicidio en Occidente*, 2015, pp. 54 ss. Véase un extenso repaso histórico en JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, 1994, pp. 29 ss.

¹⁰⁶ Para PLATÓN, el hombre, en tanto que posesión de los dioses, al suicidarse, evade esta situación de servidumbre como el esclavo que escapa de su amo (*Fedon*, 62b, c).

¹⁰⁷ ARISTÓTELES veía en el suicidio una injusticia frente a la *polis* al privarla de uno de sus integrantes (*Ética a Nicómaco*, Libro V, XI, 1138a).

¹⁰⁸ A destacar, Agustín DE HIPONA, quien veía en el suicidio una vulneración del mandato «no matarás» (Ex. 20,13; Mr. 10,19) (*De civitate Dei contra paganos*, Libro I, 20).

¹⁰⁹ Las siguientes referencias se encuentran en *Suma Theologica*, II-IIae, q. 64, a. 5.

¹¹⁰ Véase JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, 1994, pp. 49 ss.

¹¹¹ HUME, «Sobre el suicidio», en *Ensayos morales*, 2023, pp. 144 s.

recursos y conocimientos humanos, trate de escapar a las calamidades»¹¹². En segundo lugar, porque esta decisión no conculcaría nuestros deberes para con la comunidad, porque cuando alguien «se retira de la vida no hace daño alguno a la sociedad; lo único que hace es dejar de producirle un bien»¹¹³. También BECCARIA mostró su oposición a esta prohibición jurídica. En opinión del milanés, de la misma manera que una comunidad política que quiera retener a sus ciudadanos en su territorio debe optar por aumentar el bienestar de aquellos y no por coaccionarlos, mismo camino debe seguir aquella sociedad que quiera retenerlos en la vida. Ya se encargará Dios de castigarlos después de la muerte si esta constituye, en su caso, una injusticia ante su poder¹¹⁴.

Pese a la existencia temprana de ejemplos legislativos de esta posición, la definitiva defenestración jurídica de la prohibición del suicidio no se alcanzó, en muchos países europeos, hasta bien entrado el siglo XX (en el Reino Unido, p.ej., esta no llegó hasta el año 1961). En España, sin embargo, ya el Código de 1848 expulsó del ordenamiento esta interdicción¹¹⁵. Sus motivos tendría el legislador de entonces¹¹⁶, pero lo que me interesa ahora es analizar en qué medida se puede fundamentar esta realidad normativa desde las premisas del marco jurídico vigente, consagrado a través de la Constitución de 1978. Entender, más allá de las anteriores notas históricas, por qué el suicidio no está prohibido servirá para caracterizar deónticamente el consiguiente espacio de permisividad y analizar sus repercusiones para terceras personas¹¹⁷. Al respecto, tres son los posibles fundamentos que podrían argüirse: o bien una prohibición de estas características se enfrentaría con el principio de autonomía sobre el que se articula un Estado liberal como el que nos acoge (1); o bien tal interdicción implicaría un mandato de dudosa eficacia motivacional (2); o bien la pretensión de disuadir penalmente una decisión de estas características constituiría un mandato de discutible legitimidad constitucional al no existir un interés que el suicida esté en posición de lesionar en el contexto de una legislación heterónoma (3). Paso a explicarlos a continuación.

1. Un Derecho articulado sobre premisas liberales (arts. 1.1 y 10.1 CE) podría oponerse a la prohibición del suicidio a partir del valor otorgado a la autonomía personal. La idea es sencilla: una interdicción de estas características no tendría problemas de justificación de partirse de una estructuración autoritaria e iliberal del Estado¹¹⁸, pero encontraría una dificultad prácticamente insalvable en el marco de una comunidad que dota a la autonomía de una especial

¹¹² HUME, en *Ensayos morales*, 2023, p. 151.

¹¹³ HUME, en *Ensayos morales*, 2023, p. 154.

¹¹⁴ BECCARIA, *De los delitos y las penas*, Capítulo XXXII. Más en detalle, DE LA FUENTE CARDONA, «El concepto material de delito en la doctrina alemana en las postrimerías del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. En contra de la tesis de la ruptura de Amelung», *InDret*, (1), 2024, pp. 220 ss.

¹¹⁵ ROLDÁN BARBERO, «Prevención del suicidio y sanción interna», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (40-3), 1987, pp. 625 s. Sobre la evolución histórica en España, véase NÚÑEZ PAZ, «Evolución histórica del tratamiento del suicidio en el Derecho penal español hasta el advenimiento de la segunda república española», en DE VICENTE MARTÍNEZ *et al.* (eds.), *LH-Arroyo Zapatero*, 2021, pp. 1645 ss.

¹¹⁶ No muy alejados de la exigencia ilustrada de efectuar una separación entre Derecho y moral. Véase un abordaje coetáneo en tiempo a esta idea con respecto al suicidio en PACHECO, *Estudios de derecho penal: lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, pp. 98 ss.

¹¹⁷ Dado lo extenso de la pretensión, me limitaré a señalar tres ideas fundamentales y tomar partido por una de ellas, la cual, sin dudas, amerita de un mayor desarrollo en posteriores trabajos. Véase, en todo caso, una completa revisión filosófico-moral, teórico-constitucional y de política criminal del tema en TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, 1999, pp. 7 ss., 295 ss.

¹¹⁸ BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. I, 1885, p. 699; PAWLIK, *El derecho de las personas mayores en el derecho penal*, 2022, p. 10.

preponderancia. De esta manera, la autonomía de la voluntad constituiría un óbice inquebrantable ante la posibilidad de plantear una prohibición del acto suicida, pues esta comportaría una sumisión inaceptable del sujeto al Estado¹¹⁹. Lo anterior contradeciría el fundamento básico de un marco político liberal, porque, como se ha encargado de resumir gráficamente PAWLIK, «una obligación general del individuo de preservarse a sí mismo en beneficio público (...) es incompatible con la primacía de la libertad personal»¹²⁰. A esta argumentación podría plegarse el orden político-constitucional español, el cual presenta (como tantas otras cosas en lo jurídico) grandes paralelismos con los valores de la Ley Fundamental de Bonn¹²¹. Ciertamente, Alemania parece asumir, sobre la base de la dignidad humana como fundamento de la autonomía personal, las ideas hasta aquí expresadas. En este sentido se pronunció la BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, al hilo del recurso de inconstitucionalidad presentado contra el § 217 StGB¹²². En opinión del alto tribunal alemán, suicidarse es un derecho pleno que «existe en todas las fases de la existencia humana» y, como tal, no puede limitarse a la concurrencia de determinadas circunstancias objetivas (muy especialmente, una situación de padecimiento insoportable)¹²³.

Sin embargo, una conclusión como la acabada de caracterizar parece dejar de lado tres cuestiones básicas. Primera: nuestro marco político también se abre a la idea de Estado social como contrapunto al modelo liberal clásico. Y a este carácter social le es inseparable la función eminentemente tuitiva que tiene que desarrollar el ordenamiento jurídico¹²⁴: el Estado no solo debe garantizar un marco para desarrollar la libertad, sino que también debe proteger a sus ciudadanos frente a determinados peligros, entre los que podemos incluir sus propias decisiones¹²⁵. Segunda: una permisión del suicidio basada en la autonomía obliga a concebir este acto como un ejercicio, precisamente, de autonomía. Ello no encaja bien con las explicaciones vertidas a lo largo del presente texto, donde el suicidio es generalmente fruto de un contexto de anormalidad motivacional en el que, a lo sumo, solo podría hablarse de una «autonomía disminuida». Tercera: incluso asumiendo que la decisión autolítica fuera expresión de una máxima libertad y no el resultado de una «servidumbre de pasiones»¹²⁶, esto no vetaría la posibilidad de que su realización supusiera la conculcación de determinados deberes morales y/o jurídicos (básicamente, el debido respeto a la propia dignidad humana¹²⁷ o el deber de los padres

¹¹⁹ GALLAS, «Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung», *Juriste Zeitung*, (21), 1960, p. 179.

¹²⁰ PAWLIK, *El derecho de las personas mayores en el derecho penal*, 2022, p. 11. Desde una perspectiva renovadora de la función sistemático-trascendente o de crítica (constitucionalmente vinculante) legislativa de la teoría del bien jurídico, podría decirse que esta prohibición se introduce ilegítimamente en el núcleo de libre configuración de la vida privada. Sobre este criterio de materialización de la teoría del bien jurídico, véase DE LA FUENTE CARDONA, *La teoría del bien jurídico y su función de crítica legislativa. Una contribución a la discusión sobre la evaluación constitucional de las normas penales*, 2025, pp. 311 ss.

¹²¹ En estos paralelismos se ampara CARBONELL MATEU, *DMD*, (82), 2020, p. 12, para denunciar la existencia del art. 143 CP.

¹²² Su primer apartado castigaba al que, «con la intención de fomentar el suicidio de otra persona como parte de una actividad recurrente, le proporcione, facilite o consiga la oportunidad para ello».

¹²³ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 210.

¹²⁴ Sobre este punto, SSTC 3/1983, de 25 de enero (BOE núm. 41, de 17 de febrero de 1983), FJ. 3; 55/1994, de 24 de febrero (BOE núm. 65, de 17 de marzo de 1994), FJ. 2.

¹²⁵ SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (3), 2018, p. 1. Parecido, ÍÑIGO CORROZA, *RECPC*, (25-15), 2023, p. 16.

¹²⁶ ALONSO SALAS, *Episteme*, (30-2), 2010, p. 52.

¹²⁷ Así, MORESO, «Dignidad humana: eutanasia y auxilio ejecutivo al suicidio», en TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La eutanasia a debate*, 2021, p. 84, estableciendo paralelismos con el caso de aquel sujeto que, libremente, decide venderse como esclavo. El autor añade que también «hay que considerar el impacto que la muerte de uno tiene en otros, ligados con él por relaciones de cercanía, personas que dependen de él en algún sentido. Puede que tengamos incluso deberes de cuidado con algunos de nuestros allegados. Acabar con nuestra vida en dichos

de alimentar a sus hijos¹²⁸). Con todo esto no quiero mostrarme partidario de estructurar una especie de «deber de seguir viviendo» penalmente reforzado¹²⁹. En su contra, sencillamente advierto que, en un marco constitucional como el español, la autonomía difícilmente puede servir como punto de partida sobre el que institucionalizar una permisión del suicidio¹³⁰. Paso a abordar, por lo tanto, el siguiente posible fundamento.

2. Un ordenamiento jurídico que parte de principios parecidos a los de la CE podría prescindir de prohibir la acción autolítica consentida por una razón básica: un mensaje imperativo de estas características (limitado, por cuestiones evidentes, a la tentativa autolítica) estaría abocado completamente al fracaso. Y lo estaría, esencialmente, dado el contexto de sufrimiento que impide considerar que el suicidio constituya, por lo general, un ejercicio supremo de autonomía. Así pues, dirigir una conminación penal a un eventual suicida difícilmente permitiría satisfacer una de las exigencias sobre las que se articula la legitimidad interna de esta amenaza, esto es, su efecto disuasorio¹³¹. Para que ello fuera posible, la persona a la que tendría que interpelar esta conminación debería encajar *grosso modo* con el modelo de *homo economicus*, como mínimo, en su dimensión más básica para poder hablar así de un requerimiento a través de razones (morales y prudenciales)¹³². Un ideal utilitarista-liberal de persona que dista mucho del paradigma de sujeto que se enfrenta a su propia muerte. Ciertamente, una prohibición tal mandaría una intención «parte tan libre del hombre que a ella no alcanza el imperio de las leyes humanas»¹³³, pues ningún castigo de un orden democrático y constitucional parece poder revertir las razones (y emociones) favorables a la propia muerte como consecuencia inherente a la realización del suicidio. Esto último, entre otras cosas, porque el margen para una interpelación a través de razones para la acción es, si no nulo, muy escaso. Así, como concluye MORESO, «las circunstancias que llevan a las personas a cometer suicidio hacen que la amenaza de la pena no actúe con ellos del modo adecuado y, por tanto, es inútil sumar más sufrimiento al sufrimiento del suicida»¹³⁴.

No obstante, esta posible forma de justificar la no prohibición del acto suicida sigue estando sujeta a objeciones¹³⁵. En primer lugar, siempre podríamos encontrar algún mecanismo disuasorio adecuado (p.ej., amenazar al suicida con terribles represalias a su familia). Entonces, la discusión no estribaría sobre la idoneidad de la amenaza, sino sobre la legitimidad de esta última y del reproche que le sería implícito. En segundo lugar, incluso de confirmarse la inutilidad motivacional de la amenaza de pena en estos casos (mejor: de una pena respetuosa

supuestos no respeta el valor de estas relaciones, prescinde de ellas». Como concluye en la p. 85, la autonomía personal no puede comportar «un derecho moral a disponer de la propia vida de manera irrestricta». El autor citado se apoya en la idea planteada por VALLEMAN, «A Right of Self-Termination», *Ethics*, 1999, p. 615, según el cual, las personas que deciden poner fin a su vida «estarían violando su propio valor independiente como personas».

¹²⁸ BOTTKE, *Suizid und Strafrecht*, 1982, pp. 30 ss., 47.

¹²⁹ Véase una aproximación a ello en SCHMIDHÄUSER, «Selbstmord und Beteiligung an Selbstmord in strafrechtlicher sicht», en STRATENWERTH *et al.* (eds.), *FS-Welzel*, 1974, p. 817.

¹³⁰ De igual manera, MORESO, en TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La eutanasia a debate*, 2021, p. 89.

¹³¹ Sobre el efecto disuasorio de la conminación penal como fundamento básico de su justificación, RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, 2016, p. 224.

¹³² RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal*, 2016, pp. 233 ss.

¹³³ BECCARIA, *De los delitos y las penas*, Capítulo XXXII.

¹³⁴ MORESO, en TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La eutanasia a debate*, 2021, p. 86.

¹³⁵ Agradezco al/la revisor/a que me advirtiera sobre la inconsistencia de fundamentar la permisión del suicidio solo desde la falta de capacidad disuasoria de esta norma hipotética. Los siguientes párrafos están dirigidos a matizar la posición original del texto. También, a Francisco Fernández Perales por la discusión que ha motivado las siguientes ideas.

con los Derechos humanos), ello no sería óbice para renunciar a la conminación y al castigo de una hipotética infracción en caso de que el ordenamiento identificara razones de peso para hacerlo. A fin de cuentas, esto mismo sucede con los delincuentes por convicción: ningún Estado democrático, en lo que alcanzo, renuncia a la pena y a la prohibición que aquella acompaña dada la imposibilidad de interpelar a un destinatario concreto. Determinadas razones de prevención general podrían justificar perfectamente esta postura. Por todo ello, cabe concluir que la imposibilidad o la existencia de grandes dificultades para disuadir a alguien de realizar un comportamiento no implica que esta conducta deba permitirse *ipso facto*. Falta, al efecto, una razón que sostenga esta permisón, en tanto que espacio de no-reprochabilidad.

3. Un Estado democrático no debe disuadir por el placer de disuadir, sino por considerar que el objeto de disuasión (el comportamiento prohibido) atenta contra intereses preponderantes de la comunidad política. Con respecto a un comportamiento autolítico, decía párrafos atrás que estos intereses podían ser dos: el respeto a la propia dignidad humana y la asistencia a las personas a cargo del suicida. Pues bien, es momento de recuperarlos con el fin de constatar que, en realidad, un Estado como el que nos acoge difícilmente estaría legitimado para proteger estos intereses a través del reproche del suicidio. En cuanto al primero, porque este deber constituiría, a lo sumo, un «deber para con uno mismo» (por otro lado, muy vidrioso) incompatible con una legislación heterónoma legitimada únicamente para prohibir lo imprescindible con tal de garantizar el correcto desarrollo de la autonomía personal¹³⁶. En cuanto al segundo, porque la salvaguarda de los deberes de protección ya está cubierta penalmente sin necesidad de desaprobación suicidio alguno (básicamente, arts. 226 y 227 CP). En efecto, con respecto a este interés, el objeto del reproche lo constituye la desatención de una obligación asistencial, algo que puede realizarse sin necesidad de llevar a cabo un acto autolítico. Y, en caso de que se efectuara el suicidio, no existiría persona viva que pudiera sufrir las consecuencias de su propia acción personalísima, de tal forma que la pena carecería de un sujeto pasivo constitucionalmente legítimo. De esta forma, en el contexto del Derecho español, es prácticamente imposible identificar un interés digno de protección que la persona que se suicida (mejor: que se intenta suicidar) esté en condiciones de lesionar o poner en peligro.

Partiendo de este axioma, centrado en la inadecuación político-constitucional de reprochar a quien intenta autodestruirse, falta por ver cómo podría responder un ordenamiento jurídico frente a aquellas terceras personas que pudieran motivar o ayudar a este sujeto con respecto a esa misma decisión. Este interrogante me permite proseguir con el siguiente apartado.

4.2. Derecho «como libertad» y derecho «como pretensión»

La inexistencia de una prohibición de suicidarse (y, por lo tanto, de un deber de seguir viviendo) implica correlativamente la existencia de un derecho a suicidarse¹³⁷. Sea como fuere, en términos abstractos, afirmar que la conducta suicida está permitida puede dar lugar a múltiples estatus

¹³⁶ Desde la perspectiva de un concepto material (e ideal) de delito, podría decirse que el suicida no puede realizar conducta antinormativa alguna por no atentar contra el orden de libertades. En efecto, la autólisis no constituye un comportamiento susceptible de un juicio abstracto de desaprobación referido a la necesidad de garantizar la libertad de los demás ciudadanos: el suicida no está en posición de lesionar (i) ni un bien del que dependa la autonomía de otra persona, (ii) ni la seguridad concreta e institucional que esta necesita para ser ejercida de forma idónea. Sobre estos niveles de «legitimación material», trazados de forma paralela a las distintas causas de justificación, véase por todos ROBLES PLANAS, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021, pp. 98 ss.

¹³⁷ DEL ROSAL BLASCO, «La participación y auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (40-1), 1987, p. 84.

deónticos con implicaciones para terceros. Sobre este punto, en la aproximación por parte de la filosofía del Derecho al fenómeno del suicidio y la eutanasia, se ha recuperado en los últimos tiempos la distinción de HOHFELD entre «derecho como libertad» [*liberty rights*] y «derecho como pretensión» [*claim rights*]¹³⁸. De esta forma, se entiende que la permisón de una conducta no implica necesariamente que el beneficiado por este espacio de libertad pueda exigir una ayuda efectiva o excluir determinadas injerencias de terceros en la articulación del comportamiento permitido. Esto solo ocurrirá cuando esta permisón conceda a su beneficiado una pretensión frente a otros que haga nacer en ellos el deber tanto de colaborar como de no impedir la realización de ese derecho.

Un ordenamiento jurídico que permita el suicidio con base en la autonomía personal tenderá a articular este derecho en este último sentido. Como indicaba en el anterior apartado, Alemania es ejemplo de ello. Así pues, el alegato contenido en la BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, relativo a la existencia de un derecho pleno a suicidarse, implica correlativamente que no puedan admitirse prohibiciones dirigidas a terceras personas que pudieran dificultar su ejercicio, pues, «si la salvaguarda de un derecho fundamental depende de la participación de terceros y el libre desarrollo de la personalidad depende con ello de la cooperación de otra persona, el derecho fundamental extiende su protección igualmente frente a una prohibición dirigida a los terceros que libremente ofrecen su apoyo»¹³⁹. En efecto, las premisas constitucionales de dicho ordenamiento jurídico atribuyen al acto suicida la capacidad de extender sus efectos deónticos hacia la permisón de aquellas conductas de terceros que estuvieran capacitadas para favorecer la plasmación y formación de esta decisión. El hecho de que la resolución concluyera con la declaración de inconstitucionalidad del § 217 StGB es ilustrativo de esta idea. Así pues, en opinión del BVerfG, este precepto comportaba dos consecuencias indeseadas en relación con un derecho a suicidarse caracterizado en los términos defendidos por el tribunal. En primer lugar, dicha interdicción obligaba a los ciudadanos que «quiere[n] poner fin a su vida de manera autodeterminada con la ayuda de un tercero que actúa de forma habitual (...) a recurrir a alternativas con el considerable riesgo de no poder realizar su decisión dada la falta de otras posibilidades razonables»¹⁴⁰. En segundo lugar, la prohibición referida suspendía *de facto* la posibilidad de suicidarse a todas aquellas personas que lo quisieran como expresión de su autonomía individual a través de una presunción generalizada de que toda promoción del suicidio, en los términos del anulado § 217 StGB, tiene un efecto adverso sobre la propia autonomía de los agentes receptores de la influencia¹⁴¹.

Con todo, el BVerfG no cerró la puerta a la posibilidad de que el Derecho penal pudiera intervenir en el ámbito del suicidio. Sin embargo, esta intervención debería limitarse a la protección de las «decisiones autónomas del individuo sobre la terminación de la vida»¹⁴². En otras palabras: el Derecho penal alemán no podría presumir (como parece hacer el español) la anormalidad motivacional generalizada en la que suelen tomarse las decisiones suicidas. Por el contrario, aquel debería partir de una tesitura diametralmente opuesta: asumir que el suicidio es proyección de una de autonomía plena y limitar la coacción penal al aseguramiento de las

¹³⁸ HOHFELD, «Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning», *Yale Law School Legal Scholarship Repository - Faculty Scholarship Series*, (26), 1917, pp. 716 ss.

¹³⁹ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 213.

¹⁴⁰ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 218.

¹⁴¹ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 277 ss.

¹⁴² BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 273. A este respecto, pueden establecerse paralelismos con los delitos que protegen las decisiones patrimoniales tomadas bajo un déficit de información, básicamente, la estafa. Sobre esta idea, véase PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño en el delito de estafa*, 2004, pp. 52 ss.

condiciones que permitieran su manifestación práctica. Esto último, p.ej., a través de herramientas que podrían ir «desde la regulación positiva de mecanismos de aseguramiento procedimental, como por ejemplo, deberes legalmente estipulados de proporcionar información y de espera, pasando por sistemas de licencia que aseguren la fiabilidad de las ofertas de auxilio al suicidio, hasta prohibiciones de las formas de aparición de la ayuda al suicidio que supongan especiales peligros»¹⁴³. De esta manera, el Derecho penal solo podría tipificar como delitos «ciertas formas de asistencia para el suicidio que son peligrosas para la autonomía», pero debería «al menos garantizar que, pese a la prohibición, la posibilidad de acceder al auxilio para el suicidio que es ofrecido voluntariamente siga abierta en casos específicos»¹⁴⁴.

Al hilo de una crítica a esta resolución, COCA VILA ha remarcado la necesidad de que el legislador democrático determine, dentro de un margen de libertad y a modo de plasmación de un compromiso político específico, «qué se entiende por decisión autónoma cuando de permitir el auxilio al suicidio se refiere y de qué manera podría legalmente asegurarse el carácter verdaderamente autónomo de tal decisión»¹⁴⁵. Pues bien, en España, a diferencia de Alemania, esta elección política es clara: la autonomía y la dignidad humana solo entran en juego, en tanto que fundamentos de un derecho a disponer de la propia vida, en contextos eutanásicos. Entiendo que, en esta situación, el Derecho concede al sufriente un derecho (como pretensión) a la eutanasia (directa activa)¹⁴⁶; mientras que, fuera de ella, solo puede hablarse de un derecho (como libertad) al suicidio.

Esta caracterización deóntica es la que se deriva de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (en adelante, LORE) y su validación constitucional por parte de la STC (Pleno) 19/2023, de 22 de marzo (BOE núm. 98, de 25 de abril de 2023). Esta resolución concluye que la CE concede un «derecho fundamental a la autodeterminación de la propia muerte en situaciones eutanásicas» sobre la base del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) en coalición con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Con base en esta declaración, el Tribunal Constitucional entiende que la norma fundamental «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». Así pues, «[c]oncurriendo estas precisas circunstancias *ya no cabe afirmar que estemos ante una conducta genérica de disposición de la propia vida realizada en ejercicio de una mera libertad fáctica*, esto es, en una suerte de ámbito libre de Derecho (...), sino ante una de las decisiones vitales –por más que extrema y fatal– de autodeterminación de la persona protegida por los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE) [las cursivas son mías]».

¹⁴³ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 339 s.

¹⁴⁴ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 284.

¹⁴⁵ COCA VILA, «El derecho a un suicidio asistido frente a la prohibición de su fomento como actividad recurrente (§ 217 StGB). Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 26 de febrero de 2020», *InDret*, (4), 2020, p. 513.

¹⁴⁶ Aquella en que la muerte se consigue a través de una acción directa sobre la persona como pudiera ser el suministro de una sustancia mortal. Véase un esquema clasificatorio de las formas de eutanasia en ÁLVAREZ GARCÍA/MANJÓN-CABEZA OLMEDA, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/VENTURA PÜSCHEL (coord.), *Tratado de Derecho penal español*, t. I, 2024, p. 289.

De esta manera, partiendo del consentimiento como eje definidor de un comportamiento autolítico voluntario, en caso de que este se manifieste en su sentido más fuerte y dentro de los parámetros de la LORE, el ordenamiento jurídico le concede plena validez en forma de derecho que incluiría también la pretensión de recabar de terceros la asistencia necesaria para llevar a la práctica la decisión, recibiendo los medios que permitieran alcanzarla de forma segura e indolora. Así lo declara expresamente el Tribunal Constitucional, pues «[t]al ayuda puede ser necesaria tanto para materializar en última instancia la voluntad de poner fin a la propia vida como para poner a su disposición los medios que le permitan acabar su vida de manera segura e indolora, o dicho de otro modo, digna. De ello se sigue que la Constitución demanda a los poderes públicos –en primer término, al legislador– permitir la ayuda por parte de terceros a la muerte de la persona capaz que así lo decide, libre y conscientemente, en el tipo de situaciones extremas a las que se refiere nuestro enjuiciamiento y de habilitar las vías necesarias para ello».

La LORE articularía, justamente, esta pretensión a través de mecanismos procedimentales de control destinados a asegurar tanto un desenlace fatal carente de sufrimiento como que el mismo esté fundamentado en una decisión libre y reflexiva por parte del sufriente¹⁴⁷. Mediante esta concatenación procedimental, la LORE satisface, en palabras del TC, «el estándar constitucional de protección de la vida frente a injerencias de terceros, porque garantiza suficientemente que la ayuda para morir regulada en la ley se preste únicamente a quien, encontrándose en una situación de sufrimiento extremo y siendo un sujeto capaz, así lo solicite con plena libertad y conciencia, conjurando suficientemente el riesgo de errores, abusos e injerencias no permitidas por parte de terceros»¹⁴⁸.

Cuestión distinta (pese a sus analogías) plantean los casos de eutanasia pasiva, en los que no se inicia o se interrumpe un tratamiento vital necesario para la supervivencia de una persona a petición de esta última¹⁴⁹. En contextos eutanásicos, estos comportamientos, no solo están excluidos del tipo (el numeral 4 del art. 143 CP se refiere a quien «causare o cooperare activamente»), sino que impedirlos podría considerarse típico a los efectos de un delito de coacciones¹⁵⁰. De esta manera, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece que «[t]oda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado» (art. 8.1). En todo caso, la posibilidad de solicitar la interrupción de un tratamiento vital no debe entenderse circunscrita únicamente a un contexto eutanásico, pues a este no se refiere la Ley 41/2002. Así pues, la posibilidad de rechazar un tratamiento vital, sea cual sea la circunstancia clínica, debe entenderse amparado por un derecho en forma de pretensión (art. 2.3) siempre y cuando concurra un consentimiento informado en tanto

¹⁴⁷ BELTRÁN AGUIRRE, «El procedimiento y los controles necesarios con el fin de garantizar la observancia de los requisitos objetivos y subjetivos», en TOMÁS-VALIENTE LANUZA (ed.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, 2021, pp. 155; véase un análisis crítico de este procedimiento en pp. 169 ss.

¹⁴⁸ Véase, en el marco de la CEDH, la STEDH de 4 de octubre de 2022, caso *Mortier v. Bélgica*, y un análisis de la misma en REY MARTÍNEZ, «La eutanasia en el sistema europeo de Estrasburgo tras la sentencia *Mortier* y su impacto en el ordenamiento español», *Teoría y Realidad Constitucional*, (51), 2023, pp. 578 s. Sin embargo, véase su contrapunto en STEDH de 13 de junio de 2024, caso *Karsay v. Hungría*.

¹⁴⁹ Véase un análisis (de hace años, pero todavía vigente) sobre el marco jurídico de estos casos, articulado sobre el principio de autonomía del paciente, en ARRUEGO RODRÍGUEZ, «El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español», *InDret*, (2), 2009, pp. 14 ss.

¹⁵⁰ FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho penal*, 2025, p. 57; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *Memento Penal*, 2023, nm. 7192.

que «conformidad libre, voluntaria y consciente (...), manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada» (art. 3)¹⁵¹.

Fuera de este contexto legal, la posibilidad de realizar conscientemente un acto autolítico deberá contemplarse, citando de nuevo al Tribunal Constitucional, como una «disposición de la propia vida realizada en ejercicio de una mera libertad fáctica» de la que no se generarán ni obligaciones ni derechos frente a terceros¹⁵². Para el concreto caso del suicidio (arts. 143.1, 2 y 3 CP), en la medida en que su permisión se fundamenta en la falta de un interés legítimo susceptible de prohibición penal, es «sensato conceder un derecho como libertad a suicidarse, en el sentido de no penar los comportamientos de tentativa de suicidio, aun si pensamos que moralmente el suicidio es un comportamiento incorrecto», pero «este derecho no comporta ningún deber para terceros y es, en este sentido, compatible (...) con penar el auxilio ejecutivo al suicidio»¹⁵³.

Con todo, repárese en que el ordenamiento jurídico español parece ofrecer, en última instancia, el siguiente esquema: derecho (como pretensión) a la eutanasia/permisión de la intervención de terceros (como mínimo, material; está por ver si se incluye también la motivacional); derecho (como libertad) al suicidio/prohibición de la intervención de terceros ex art. 143.1, 2 y 3 CP; acto autolítico no suicida/prohibición de la intervención de terceros ex arts. 138 ss. CP. Con este tríptico esbozado, paso a continuación a exponer cuál es la razón sobre la que, en mi opinión, se asienta la prohibición de aquellas contribuciones que pudieran efectuar terceras personas en el proceso de ideación y materialización de la decisión suicida.

5. El comportamiento instigador penalmente relevante

5.1. El fundamento de la prohibición de contribuir al suicidio

a. El fundamento genérico

El ordenamiento jurídico español permite el suicidio como consecuencia de la imposibilidad de identificar un interés preponderante para la comunidad que el suicida esté en posición de lesionar o poner en peligro. Como tal, esta permisión no obsta a que el Derecho pueda emitir interdicciones dirigidas a terceras personas. Por medio de estas prohibiciones, es evidente que el Código adopta frente al suicidio una determinada postura valorativa, calificándolo indirectamente como un acto negativo¹⁵⁴. De este posicionamiento axiológico, la única

¹⁵¹ Como indica ARRUEGO RODRÍGUEZ, *InDret*, (2), 2009, p. 14: «[l]a autonomía del paciente es uno de los principios básicos informadores de la vigente normativa sanitaria; principio que, entre otros, se plasma en la necesidad de obtener su consentimiento libre e informado con carácter previo a “toda actuación en el ámbito de [su] salud” y, correlativamente, en sus derechos a elegir entre las alternativas clínicas existentes, a negarse a recibir un determinado tratamiento o a retirar en cualquier momento el consentimiento prestado».

¹⁵² Como indica la STC 120/1990 (Pleno), de 27 de junio (BOE núm. 181, de 30 de julio), hablaríamos entonces de «una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público». Sobre esta resolución, véase TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia (algunas inexactitudes y tergiversaciones en el debate)», *Revista jurídica de les Illes Balears*, (21), 2022, pp. 162 ss.

¹⁵³ MORESO, en TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La eutanasia a debate*, 2021, pp. 86 s. En el mismo sentido, ALBERT, «Eutanasia: de delito a derecho», *Bajo Palabra*, (24), 2020, p. 258; MANTOVANI, «Sobre el problema jurídico del suicidio», en *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, 2001, pp. 73 s., 75.

¹⁵⁴ DEL ROSAL BLASCO, *ADPCP*, (40-1), 1987, p. 84; Para ROLDÁN BARBERO, *ADPCP*, (40-3), 1987, pp. 627 s., este posicionamiento da cuenta de que el suicidio constituye un «hecho de *latencia antinormativa*», de tal forma que «por razones funcionales el repudio al acto propiamente dicho se verifica desde otras instancias, reservándose a

conclusión plausible que puede extraerse es que el ordenamiento considera el suicidio como algo «a evitar» en tanto que desenlace irreversible proyectado en la destrucción de una vida. Porque, si bien no puede plantearse un interés susceptible de protección en el seno de una legislación externa que interpele al suicida, ello no significa que puedan existir terceras personas que, al contribuir (material o motivacionalmente) al suicidio, sí estén capacitadas para lesionar un interés fundamental.

Este interés no es otro que la vida humana independiente. Ciertamente, nuestro ordenamiento jurídico, en cualquier circunstancia (salvo las establecidas en la LORE y en los casos de interrupción del tratamiento vital, donde la autonomía y la dignidad toman protagonismo), no quiere que los individuos tomen decisiones suicidas. Una posición, esta última, que cobra todo el sentido en un contexto constitucional que asigna al Estado un mandato básico de protección de la vida (art. 15 CE)¹⁵⁵. Efectivamente, la desaprobación jurídica del acto suicida que subyace al art. 143 CP no es fruto de una postura voluntarista del ordenamiento, sino que encuentra su razón de ser en las entrañas de la identidad política del Derecho vigente. Oponer a esta realidad, fuera de los contextos eutanásicos, la dignidad humana (art. 10 CE) como fundamento de una autonomía personal capacitada para satisfacer las preferencias de quien desea libremente poner fin a su vida, desatiende el valor que el contexto político-constitucional atribuye a la vida. Ciertamente, como resume MORESO, «[l]a dignidad humana no se agota con la capacidad de llevar a cabo los planes que consideramos buenos para nosotros», pues esta también nos obliga a respetar determinados valores absolutos sin los cuales, más allá de nuestras preferencias, la existencia sería peor: el suicidio, como la esclavitud, incluso de ser preferible para su elector, constituiría una lesión de uno de estos valores intrínsecos, quizás, el más importante¹⁵⁶. Pero, con tal de no proyectar esta idea en un «deber para con uno mismo» dirigido al eventual suicida y jurídicamente inexigible, es plausible que el Derecho redirija la amenaza de pena a aquellos sujetos que, ocupando una posición idónea (y constitucionalmente legítima) para recibir el mensaje imperativo, puedan contribuir a la lesión de este interés¹⁵⁷. ¿Cómo? Ofreciendo los medios materiales y los incentivos necesarios para que se tome y realice una decisión irreversible.

Partiendo de esta premisa, especifico a continuación este fundamento genérico en las dos clases de contribuciones a un suicidio que pueden realizarse por parte de un tercero, a saber, las materiales (a) y las motivacionales (b).

la vía penal la criminalización de las conductas partícipes». Repárese que esta sería la conclusión que se alcanzaría de considerar que el suicidio se permite dada la imposibilidad de disuasión: el Derecho solo disuade a quien está en posición de disuadir (a los partícipes). No obstante, en este texto se parte de una postura distinta: el Derecho solo disuade a los partícipes, no por cuestiones motivacionales, sino porque solo ellos están en posición de lesionar o poner en peligro un interés preponderante.

¹⁵⁵ Como indican ÁLVAREZ GARCÍA/MANJÓN-CABEZA OLMEDA, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/VENTURA PÜSCHEL (coord.), *Tratado de Derecho penal español*, t. I, 2024, p. 254, «el consentimiento expresado por la propia víctima para acabar con su vida, no supone la derogación de los principios de respeto a la vida y de prohibición de dañar a otro: el suicida ejerce su derecho a disponer de su vida, pero su voluntad no alcanza a suspender la obligación constitucional de respetar la ajena». En efecto, el suicidio puede permanecer impune sin perjuicio de castigar, como autores de un tipo penal autónomo, determinadas interacciones incitadoras que pudieran propulsar esa decisión.

¹⁵⁶ MORESO, en TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La eutanasia a debate*, 2021, p. 84.

¹⁵⁷ Lesión que se manifiesta a través de la intervención en un hecho que no recibe el calificativo de «homicidio» («el que matare a otro»), sino de «suicidio», en tanto que forma específica de menoscabar la vida humana.

b. *Las contribuciones materiales*

Entiendo por contribución material toda aquella que facilita la plasmación de la decisión autolítica tomada por el eventual suicida, sea de forma ejecutiva o no. En esencia, hago referencia a los comportamientos instados por los arts. 143.2 y 3 CP. En cuanto al fundamento específico de su prohibición, este parece bastante claro: colaborar en la plasmación de una decisión irreversible constituye una forma desaprobada de alcanzar un resultado indeseado para el ordenamiento jurídico como es la muerte de una persona. En todo caso, la plena estructuración del estatuto deontológico de esta clase de contribuciones tiene que tener en consideración la forma igualmente deontológica que toma el ejercicio de aquella decisión irreversible. Así pues, en contextos eutanásicos, indicaba que el ordenamiento jurídico español, de forma excepcional, concede a la plasmación de esta decisión el estatus de derecho prestacional. En esta tesitura, el titular del derecho a la eutanasia puede recabar la ayuda de terceras personas, lo que comporta un correlato en forma de mensaje deontológico dirigido a estas últimas: está permitido contribuir materialmente a la muerte de alguien cuando esta toma la forma de ejercicio del derecho a la eutanasia. Esto explica la incorporación del nuevo art. 143.5 CP, el cual indica que «no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia»¹⁵⁸.

Pese a que la doctrina mayoritaria ve en este precepto una causa de justificación¹⁵⁹, entiendo que nos encontramos directamente ante una conducta permitida, por lo que excluida del marco de tipicidad del art. 143.4 CP. Es cierto que la doctrina suele vincular al ámbito de la justificación las conductas derivadas (directa o indirectamente) del ejercicio de un derecho fundamental¹⁶⁰, sin embargo, no considero que el margen de libertad dimanado de tal ejercicio pueda incluir conductas típicas¹⁶¹. Ciertamente, en el juicio de antinormatividad, en tanto que fundamento de un injusto total expresivo, debe reservarse «justificar», dado su carácter extraordinario, a los casos de legítima defensa y estado de necesidad como valoración posterior a la determinación de si «la conducta se mueve dentro de los espacios de permisión o tolerabilidad social»¹⁶². Es precisamente en esta primera fase analítica donde deben incluirse todos aquellos ámbitos de libertad desprendidos de la estructuración legal de un derecho fundamental¹⁶³, como ocurre con las prestaciones materiales dirigidas a colaborar en la plasmación de la decisión del sujeto que quiere ejercer el derecho a la eutanasia¹⁶⁴.

¹⁵⁸ Sobre este precepto, véase TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Gradación de la responsabilidad por incumplimiento de requisitos legales», *Derecho a Morir Dignamente*, (82), 2020, p. 21; PEÑARANDA RAMOS, en TOMÁS-VALIENTE LANUZA (ed.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, 2021, pp. 235 ss.

¹⁵⁹ Lo que comportaría que la contribución activa, en estos casos, seguiría siendo típica. Así, FELIP I SABORIT, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho penal*, 2025, p. 56; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *DMD*, (82), 2020, p. 21.

¹⁶⁰ P.ej., recientemente, LUZÓN PEÑA, «Ejercicio legítimo de derecho. Cuestiones generales», en DE VICENTE MARTÍNEZ et al. (eds.), *LH-Arroyo Zapatero*, t. I, 2021, p. 369.

¹⁶¹ Parecido, PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., 2019, p. 186.

¹⁶² ROBLES PLANAS, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021, pp. 89, 105.

¹⁶³ Más en detalle, MARTÍNEZ SANROMÀ, «Creación de situaciones de pánico y resultados lesivos. Comentario a la STS 834/2023, de 15 de noviembre», *InDret*, (1), 2024, pp. 591 ss.

¹⁶⁴ En la medida en que la permisión de estas contribuciones se deriva del propio derecho constitucional a la eutanasia (en el marco desarrollado por la LORE), la exclusión expresa del art. 143.4 CP puede considerarse redundante: de no existir dicho precepto, las conductas referidas seguirían siendo atípicas en tanto que permitidas.

Fuera de los márgenes de la LORE, aunque todavía en un contexto eutanásico, la contribución material deberá valorarse desde la óptica del art. 143.4 CP y, en consecuencia, considerarse prohibida. La idea es clara: solo cuando el consentimiento se articula dentro del espacio procedimental de la LORE, la aceptación de la propia muerte, a modo de consentimiento fuerte, puede considerarse plenamente válida, con la correlativa permisión (absoluta) de aquellas contribuciones materiales de terceros que pudieran ayudar a su plasmación. En efecto, si la validez o no validez de una aceptación libre y plena es el resultado de un compromiso político, en España, este está contenido dentro de la LORE. Extramuros de este marco legal, el ejercicio de la decisión, aunque se articule a través de una «petición expresa, serie e inequívoca», no puede considerarse que tenga un carácter prestacional (como mínimo, con respecto a los casos de eutanasia directa activa). Consiguientemente, toda contribución material a su plasmación debe permanecer prohibida.

El hecho de que se atenúe la pena es signo de que, pese a lo dicho, al consentimiento prestado por el sujeto en situaciones eutanásicas fuera de la LORE se le concede una mínima validez atenuante¹⁶⁵. La conservación de un precepto que, con anterioridad a la LORE, servía para entender que el legislador, para casos de eutanasia, tomaba un camino intermedio entre la despenalización absoluta y la punición ex art. 143.2 y 3 CP¹⁶⁶, puede reinterpretarse en la actualidad como una disposición que permitiría atenuar aquellos casos que no coincidieran con los requisitos formales y materiales de la legislación sobre el ejercicio del derecho a la eutanasia (p.ej., el caso de una persona cuya muerte ha sido aceptada por la Comisión de Evaluación y Garantía de su respectiva Comunidad Autónoma, pero está pendiente de la resolución de un recurso planteado por un familiar ante los tribunales)¹⁶⁷. Finalmente, en aquellos contextos no eutanásicos donde suicidarse constituya una simple libertad, la prohibición de contribuir materialmente en la plasmación de la decisión irreversible es absoluta y deberá valorarse desde la óptica de los arts. 143.1 y 2 CP, dependiendo del grado de su incidencia en la ejecución.

c. Las contribuciones motivacionales

Bajo la expresión «contribución motivacional» agrupo toda aquella conducta estimulante capacitada para incidir en el proceso de formación de la decisión autolítica. El fundamento específico de su prohibición debe partir de una tesitura espacio-temporal distinta: la estimulación de una decisión suicida se efectúa en su fase de formación, que no de ejecución. A este respecto, en palabras de ÍÑIGO CORROZA, quien induce al suicidio actúa «en la autoorganización de otro para lograr que el sujeto, en un segundo momento actúe libremente de una determinada manera»¹⁶⁸. Más allá de las dificultades de trazar una frontera entre estas dos fases, esta realidad tiene una importancia capital para el posible efecto que pudiera tener el consentimiento del suicida. De nuevo con ÍÑIGO CORROZA, por definición, «[e]l consentimiento

¹⁶⁵ Parecido, ÍÑIGO CORROZA, *RECPC*, (25-15), 2023, p. 10, hablando de una disponibilidad de la propia vida de carácter relativo.

¹⁶⁶ MENDES DE CARVALHO, *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal. Estudio del art. 143 del Código penal espanyol y propuesta de lege ferenda*, 2009, pp.305 ss.

¹⁶⁷ Ello podría servir como «válvula de escape» para la impunidad de aquellas cooperaciones con respecto a decisiones autolíticas en contextos eutanásicos que, si bien satisfacen un umbral de autonomía, no se pueden incardinar en el procedimiento instado por la LORE. La idea es parecida a la que plantea para el § 216 StGB PAWLIK, «Selbstbestimmtes Sterben: Für eine teleologische Reduktion des § 216 StGB», en ALBRECHT *et al.* (eds.), *FS-Kargl*, 2015, pp. 413 ss. Véase, en todo caso, un análisis detallado del ámbito de aplicación de este precepto tras la LORE en PEÑARANDA RAMOS, en TOMÁS-VALIENTE LANUZA (ed.), *La eutanasia a debate*, 2021, pp. 235 ss.

¹⁶⁸ ÍÑIGO CORROZA, *RECPC*, (25-15), 2023, p. 10.

del titular del bien jurídico (...) no puede tener eficacia en la actuación del tercero [inductor], porque la actuación de éste es previa a la decisión del sujeto de causarse la muerte»¹⁶⁹.

Sin embargo, no creo que de ello se derive la conclusión que alcanza la autora citada, a saber, que en la inducción al suicidio «no se protege la vida humana como tal, porque lo que se produce es un suicidio sin intervención de terceros, y, por tanto, una disposición libre del titular sobre su bien jurídico»¹⁷⁰. Y prosigue: en «la conducta tipificada en el numeral primero lo relevante no es el *neminem laedere*, sino deberes positivos, de solidaridad intersubjetiva. El protagonismo ya no es el del titular de la vida que quiere disponer de ella, sino el de un sujeto que ha hecho surgir en otro la voluntad de disponer de la suya propia. Esta conducta plantea una cuestión distinta y anterior a la de la disponibilidad de la propia vida y es la de por qué se sanciona a quien convence a otro para autoeliminarse»¹⁷¹. Con todo, y de forma esquemática, la idea del autora referida sería la siguiente: el Estado, en una vocación de paternalismo débil, delegaría a los ciudadanos, como manifestación de un deber general de solidaridad, la obligación, no solo de «proceder activamente, con intervenciones fácticas llamadas a solventar las necesidades del sujeto que se encuentra en una situación de peligro»¹⁷², sino también de omitir determinados comportamientos que pudieran comprometer dicha obligación y manifestar una insolidaridad del sujeto activo con respecto a los demás. Instigar al suicidio constituiría una proyección de esta última idea¹⁷³. De esta forma, la norma de conducta inferida del art. 143.1 CP estaría «construida sobre la idea de solidaridad» y vendría a decir «*no fomentes en una persona vulnerable la idea de autoeliminación*» de tal forma que, «aunque de manera mediata se proteja la vida de las personas (...), la protección directa se incardina en la idea de deberes de solidaridad intersubjetiva»¹⁷⁴.

Pese a lo sugerente de la tesis acabada de plantear, no estoy de acuerdo con su contenido. Para empezar, no niego que la desatención de una persona que presente un riesgo evidente de suicidio pueda constituir una infracción de un deber de solidaridad general a castigar según el esquema típico del art. 195 CP¹⁷⁵. Tampoco desatiendo que esta clase de deberes pueden infringirse de forma activa, tal y como ocurre cuando se conculca un deber de tolerancia en situaciones de estado de necesidad agresivo. Sin embargo, cuando se efectúa una motivación al suicidio, difícilmente puede concluirse que la vida del sujeto que toma la decisión irreversible como consecuencia de tal influencia no ha sido lesionada o puesta en peligro. Ciertamente, aunque no exista un aporte material definidor del riesgo de suicidio, como sí ocurre con las contribuciones analizadas en el anterior apartado (p.ej., facilitar una pistola o un potente veneno, ayudar a confeccionar una soga, etc.), esto no es óbice para concluir que la conducta motivacional puede servir para impulsar el suceso autolítico, lo que constituye una manera (indirecta, si se quiere¹⁷⁶) de poner en peligro o lesionar aquello que, en última instancia, se pretende proteger con la

¹⁶⁹ ÍÑIGO CORROZA, *RECPC*, (25-15), 2023, p. 15.

¹⁷⁰ ÍÑIGO CORROZA, *RECPC*, (25-15), 2023, p. 15.

¹⁷¹ ÍÑIGO CORROZA, *RECPC*, (25-15), 2023, p. 14.

¹⁷² ÍÑIGO CORROZA, *RECPC*, (25-15), 2023, p. 20.

¹⁷³ Pueden establecerse paralelismos con la interesante propuesta de PERALTA, «La explotación como violación de un deber positivo», en GARGARELLA/ÁLVAREZ MEDINA/IOSA (coords.), *Acciones privadas y Constitución. La autonomía personal en la interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional*, 2021, pp. 674 ss., 677 ss. Véase también LLOBET ANGLÍ, «Prostitución y consentimiento: ¿una contradicción en los términos?», *Revista Jurídica de les Illes Balears*, (21), 2022, pp. 94 ss.

¹⁷⁴ ÍÑIGO CORROZA, *RECPC*, (25-15), 2023, p. 13 (con cursivas en el original).

¹⁷⁵ Una afirmación, en todo caso, muy discutida por la doctrina. Véase, en términos generales, ARÁUZ ULLOA, *El delito de omisión del deber de socorro. Aspectos fundamentales*, 2006, pp. 283 ss., 320 ss.

¹⁷⁶ Algo que reconoce la propia Íñigo Corroza.

interdicción emanada del art. 143.1 CP: la vida humana¹⁷⁷. Un ordenamiento que, en cumplimiento del mandato de protección de este interés, ve con preocupación que alguien tome una decisión de estas características, aunque la misma pueda ser entendida como un ejercicio de autonomía plena, debe prohibir este tipo de contribuciones por la capacidad que estas tienen de impulsar el hecho suicida. De ello se extrae un mandato claro: no promociones decisiones ajenas que puedan desembocar en lesiones irreversibles para la vida a través de una gestión incorrecta de los riesgos motivacionales incluidos en tu esfera de organización¹⁷⁸.

En esta tesitura, el Derecho penal español presenta una diferencia sustancial con respecto al Derecho penal alemán. Mientras que este último, en atención al pronunciamiento de la BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, debe limitar su intervención a asegurar las condiciones óptimas para que la decisión autolítica que se tome sea expresión de una auténtica autonomía¹⁷⁹, el español puede extender esta intervención hacia toda aquella motivación que empuje esta resolución, aunque la misma constituya una manifestación de una autonomía plena por parte del sujeto. Por ello, la sugerente propuesta de KUBICIEL, efectuada al hilo de su interpretación del § 217 StGB, no sería extrapolable a nuestro marco legal. En opinión del autor citado, el (ya anulado) precepto abarcaba demasiado «ya que también criminaliza a personas que, por lo general, están muy bien situadas para evaluar si una persona desea quitarse la vida: los médicos y los miembros de profesiones asistenciales»¹⁸⁰. Frente a esta amplitud, KUBICIEL propuso excluir del ámbito de tipicidad aquellas promociones del suicidio que se refirieran a decisiones tomadas autónomamente, de las que no pudiera predicarse que «existe el peligro de un abandono prematuro y poco meditado de la vida»¹⁸¹. Esta interpretación, que podría ser compatible con el mandato constitucional alemán sobre el derecho a disponer de la propia vida, fue no obstante rechazada por la BVerfG, Urteil v. 26.2.2020. En opinión del tribunal, tal reconstrucción hermenéutica del precepto suponía una *interpretatio abrogans*¹⁸². Más allá de esta decisión, el legislador alemán podría tipificar un delito que reuniera estas características. Pero, en España, donde la autonomía solo puede fundamentar un derecho a la disposición de la propia vida en contextos eutanásicos en atención a lo establecido en la LORE, interpretar de esta forma el art. 143.1 CP, excluyendo de su ámbito de aplicación las inducciones que hicieran surgir decisiones plenamente autónomas, no sería compatible con el fundamento de esta prohibición: el Derecho penal español no protege las condiciones contextuales adecuadas para que la decisión autolítica que se tome sea proyección de una perfecta autonomía, sino que prohíbe crear la decisión en sí por considerar que esta es siempre indeseable.

No obstante lo dicho, un *iter* subjetivo puede desembocar hacia múltiples formas de ejercer un comportamiento autolítico, las cuales pueden comportar diferentes estatus deónticos: un

¹⁷⁷ Parecido, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143)*, 2000, p. 21. Más atrás en el tiempo, puede servir la interesante reflexión de OLESA MUÑOZ, *Inducción y auxilio al suicidio*, 1958, pp. 61 ss., relacionando la instigación con el daño sobre la vida. Sobre la contribución motivacional como mecanismo de impulso de la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico, véase MARTÍNEZ SANROMÀ, «La intervención motivacional», *Política Criminal*, (19-38), 2024, p. 12.

¹⁷⁸ Sobre esta idea, en relación con la inducción al delito, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (48-1), 1995, p. 249.

¹⁷⁹ Véase un análisis completo de esta cuestión en PEÑARANDA RAMOS, en TOMÁS-VALIENTE LANUZA (ed.), *La eutanasia a debate*, 2021, pp. 200 ss.

¹⁸⁰ KUBICIEL, «Zur Verfassungskonformität des § 217 StGB», *ZIS*, (6), 2016, p. 401.

¹⁸¹ KUBICIEL, *ZIS*, (6), 2016, p. 402.

¹⁸² BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 335.

derecho en tanto que libertad como regla general o un derecho prestacional en caso de que se cumplan los procedimientos de la LORE (dejo de lado los casos de eutanasia pasiva). Entremedias se sitúan aquellos supuestos en los que, encontrándose el sujeto en un contexto eutanásico, la decisión se ha tomado fuera de los límites y requisitos de la legislación referida. Si ello tenía evidentes consecuencias en el ámbito de las contribuciones materiales, cabe plantear si ocurre lo mismo en las motivacionales. A modo de pregunta: ¿es posible inducir al suicidio cuando el comportamiento autolítico resultante puede subsumirse en los arts. 143.4 y 5 CP? Como es sabido, estos dos preceptos no mencionan expresamente la inducción, citando únicamente los actos de cooperación necesaria (art. 143.2 CP) y ayuda ejecutiva (art. 143.3 CP). Si a esto se le suma que este tipo de contribuciones motivacionales en el suicidio ajeno ex art. 143.1 CP comportan un marco penológico más gravoso que el que correspondería a la cooperación necesaria ex art. 143.2 CP, esta falta de mención expresa debe tomarse como una advertencia.

En todo caso, en términos estrictamente semánticos, nada impide expulsar del ámbito de aplicación del art. 143.4 CP los casos de instigación. Esto último, no solo porqué el precepto solo se refiera expresamente a las modalidades de cooperación necesaria activa, sino porque esta contribución tiene que venir habilitada «por la petición expresa, seria e inequívoca» de la víctima¹⁸³. Por definición, el comportamiento del inductor se produce antes de que pueda realizarse tal petición. En efecto, en un contexto eutanásico, el modo en el que se expresa la decisión puede tomar la forma de consentimiento fuerte, al que se le puede atribuir una cierta validez a efectos de atenuar las contribuciones materiales a las que, en esencia, se refiere dicho consentimiento. Sin embargo, en la inducción al delito, el consentimiento, por una cuestión espacio-temporal evidente, no puede tener eficacia alguna. Por lo tanto, la atenuación del art. 143.4 CP no podría predicarse para el caso de las contribuciones motivacionales: en la medida en que estas se sitúan en el proceso de formación de la decisión, tiene todo el sentido que la interdicción siga vigente cuando aquella pueda llegar a contextualizarse en el ámbito descrito por el art. 143.4 CP. No es incompatible ni hay ninguna contradicción en considerar que una decisión puede manifestarse a través de un consentimiento fuerte («petición expresa, seria e inequívoca»); otorgar una validez semiplena a este consentimiento cuando el mismo se tome en un contexto eutanásico, con la consiguiente atenuación de las contribuciones materiales; y prohibir plenamente, sin atenuantes, las contribuciones motivacionales por considerar que tal decisión irreversible es algo a evitar preferiblemente (por mucho que se manifieste en forma de consentimiento fuerte y poder dotarla de una validez semiplena).

Cuestión distinta plantea la situación descrita en el art. 143.5 CP. En este ámbito, la decisión autolítica toma la forma de derecho con trascendencia constitucional. Aunque la semántica del tipo permitiría alcanzar la misma conclusión para la inducción que en el caso del art. 143.4 CP, no considero que el Derecho penal deba prohibir aquellas motivaciones que tiene por objeto una conducta, no solo lícita en cuanto simple libertad, sino directamente lícita con carácter prestacional. La inducción al ejercicio de un derecho cuyo ejercicio está expresamente regulado por un específico cauce formal no puede merecer ni necesitar pena, pues nos encontramos ante un ámbito deóntico que, para su consecución, requiere de la colaboración de terceros. Esto último, no solo en forma de contribución material, sino también motivacional: prohibir aquellas interacciones comunicativas que pudieran impulsar la decisión de ejercer la prestación pública contenida en la LORE constituiría una limitación improcedente de la libertad constitucional concedida a sus beneficiados. Esto último, porque, para el correcto ejercicio de un derecho, no

¹⁸³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/BARBER BURUSCO, *RNFP*, (79), 2012, pp. 141 s.

solo es necesario disponer de una ayuda material, sino también de un marco amplio para interactuar dialógicamente con otros a efectos de tomar una decisión en uno u otro sentido¹⁸⁴.

5.2. Los márgenes de la prohibición de motivar al suicidio

Para el caso de las contribuciones motivacionales, el mandato es claro: no fomentes decisiones autolíticas irreversibles. Sin embargo, esta máxima todavía no nos ofrece criterios para proyectar el merecimiento y la necesidad de pena del inductor al suicidio en un caso concreto. ¿Debemos castigar, con base en el art. 143.1 CP, a quien maltrata a su pareja, que luego decide suicidarse? ¿Y a quién realiza actos de acoso laboral o escolar? ¿Es necesario un influjo directo y expreso como suele exigir la doctrina mayoritaria?

En los supuestos de «suicidios exorreferenciales» o «racionales»¹⁸⁵, el esquema que esbozaba para la inducción al delito (amenazas, promesa y casos de ascendencia moral) puede resultar funcional. No obstante, estos casos no son, ni mucho menos, paradigmas del fenómeno del suicidio: no niego que puedan existir supuestos de autolisis consecuencia de un ejercicio supremo de autonomía individual, pero, en atención a los estudios sobre la materia, la existencia de suicidas entusiastas constituye la excepción, no la regla. Entonces, el axioma del que debemos partir es que, por lo general, toda conducta suicida es la consecuencia de una decisión tomada en un contexto de sufrimiento y dolor donde el acto autolítico se presenta como una alternativa viable para poner fin a tal situación. Cuando el jurista aborda el art. 143.1 CP y repara en el uso de la palabra «suicidio» debe, en un ejercicio de realismo, adoptar el modelo binominal *dolor-alternativa* y asumir una presunción de anormalidad motivacional. Esta aproximación permite considerar el suicidio como una especie de ejercicio semipleno o deficitario de autonomía. De esta forma, ante la posibilidad de oponer una especie de prohibición de regreso dada la aparente autonomía plena con la que se toma la decisión suicida¹⁸⁶, la anterior asunción habilita al intérprete a flexibilizar las exigencias para considerar que el agente motivador ha contribuido de forma penalmente relevante en el «hecho autolítico».

Tomando este esquema hermenéutico como punto de partida, considero que la interdicción de inducir al suicidio debe extender sus márgenes hacia todas aquellas conductas que estén capacitadas para desarrollar los dos puntales de la decisión autolítica: o bien el *dolor* como impulsor del contexto de sufrimiento; o bien la *alternativa*, esto es, la posibilidad de que el suicidio sea representado mentalmente por el sufriente como una forma adecuada de cesar con ese dolor. Por cuestiones expositivas, empezaré por esta última variable, la cual considero que implica unas consecuencias más asumibles para la doctrina (o menos novedosas) que la primera.

¹⁸⁴ Sobre este punto, pueden valer las reflexiones generales que efectúa FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, pp. 358, con respecto a las contribuciones motivacionales (aunque debidamente precisadas en el ámbito del ejercicio del derecho dimanado de la LORE). Así pues, el autor descarta una desaprobación global de las influencias motivadoras, lo que conllevaría «una preterición no justificable del interés en la libertad de obrar tanto de quien al obrar puede motivar como del afectado, al que se le vedaría en muchos casos acceder a prestaciones en cuya realización está sumamente interesado por motivos absolutamente legítimos».

¹⁸⁵ Me remito de nuevo a los intentos de conceptualizar un «suicidio racional» en ALONSO SALAS, *Episteme*, (30-2), 2010, pp. 52 ss., remarcando la importancia de que, para validar estos casos, el sujeto no debe encontrarse en una situación que pudiera tildarse de patológica. A efectos gráficos, valga la imagen del sujeto entusiasta con darse muerte para alcanzar un fin mayor (p.ej., el terrorista que se inmola entendiendo que con ello alcanzará una salvación escatológica).

¹⁸⁶ Requisito básico de esta institución. Sobre ello, en términos generales y críticos, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 80 ss.

a. *El suicidio como medio de escape*

Induce al suicidio quien plantea ante un sujeto tal *alternativa* como un curso de acción necesario para escapar del contexto de sufrimiento en el que se encuentra. Efectivamente, más arriba indicaba la relevancia que tiene para la especie humana su capacidad intelectual de contemplar la autolisis como un mecanismo evasivo con respecto al dolor (psíquico o físico) que se pudiera padecer en tanto que factor aversivo. Estas situaciones son las que mejor conectan con el fundamento definido con anterioridad: quien se encuentra en una situación de sufrimiento (sea la definida en el art. 143.4 CP, sea cualquier otra) puede visualizar el suicidio como una forma de cesar con este contexto de padecimiento. Habida cuenta de la situación anormal (psicológica y emocional) en la que se encuentra el sujeto, tiene sentido que un Derecho que contempla negativamente estas decisiones irreversibles e intenta evitarlas con base en el mandato de protección de la vida humana impida a terceros influir en este contexto motivacionalmente subóptimo. Ante el hipotético inductor no se encuentra un agente racional autónomo para cuya deliberación sirvan razones a favor o en contra de un determinado curso de acción. Por el contrario, el Derecho advierte, a través de la incriminación de la conducta del art. 143.1 CP, que el eventual decisor de la acción autolítica, dada la situación de sufrimiento, es un sujeto vulnerable a quien no se le debe influir para que tome una decisión irreversible. En consecuencia, y a diferencia de lo que ocurre con la inducción al delito, las situaciones de anormalidad motivacional son, para el caso del suicidio, la regla y no la excepción¹⁸⁷.

La idea expuesta no se aleja de la tesis defendida recientemente por ÍÑIGO CORROZA. En su opinión, en el ámbito de la inducción al suicidio, solo son subsumibles aquellos influjos que se dirigen a personas *per se* especialmente vulnerables. Así pues, al parecer de la autora citada, el art. 143.1 CP sancionaría hacer surgir la voluntad de morir en aquellas personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad¹⁸⁸. Todo ello, hasta el punto de que, «[s]i la persona no está dentro de ese grupo (...), de personas con pensamientos suicidas, o tendencias suicidas, la conducta difícilmente tendrá éxito; por tanto, en términos jurídicos, no creará un riesgo típicamente relevante de inducción al suicidio»¹⁸⁹. Si bien la autora parece restringir estos «supuestos de vulnerabilidad» a las situaciones descritas en el art. 143 *bis* CP, considero que sus ideas son perfectamente asumibles y describen correctamente el tipo de conducta que el Derecho penal pretende evitar con respecto a la inducción al suicidio: la influencia realizada en un contexto de anormalidad motivacional dada la situación de sufrimiento en la que se encuentra la persona influenciada. En el mismo sentido se pronunció hace años TOMÁS-VALIENTE LANUZA, quien consideraba que la mayor penalidad de la inducción frente a la cooperación se explicaría por «la concurrencia de una especial indefensión en la víctima, aprovechada por el sujeto activo para hacerle concebir la idea de quitarse la vida»¹⁹⁰.

Con estas premisas, dos son los requisitos para inducir al suicidio en estas situaciones. En primer lugar, es necesario que el sujeto se encuentre en un contexto de vulnerabilidad. A estos efectos,

¹⁸⁷ Lo expresa con claridad TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143)*, 2000, p. 22: «—a diferencia de lo que ocurre con en el ámbito de la inducción al delito— la inducción al suicidio sólo resulta factible con respecto a sujetos que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que les resta capacidad de defensa frente a una sugerencia que —por su absoluta contraposición a uno de los instintos más arraigados en el ser humano, como es el de la propia supervivencia— no sería aceptada de hallarse el sujeto en condiciones normales».

¹⁸⁸ ÍÑIGO CORROZA, *RECPC*, (25-15), 2023, p. 20.

¹⁸⁹ ÍÑIGO CORROZA, *RECPC*, (25-15), 2023, p. 14.

¹⁹⁰ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143)*, 2000, p. 22.

deberá procederse a valorar las circunstancias del caso para determinar la concurrencia o no de esta situación de anormalidad motivacional. Las variables son múltiples y es imposible proyectarlas a modo de *numerus clausus*: desde la situación de grave padecimiento descrita por el art. 143.4 CP hasta episodios de depresión y ansiedad fruto de determinadas coyunturas vitales, pasando por personas estructuralmente débiles dada su edad (no solo los menores, sino, muy especialmente, las personas mayores), condición psiquiátrica, psíquica o física (piénsese en una persona con una discapacidad motora que debe permanecer en una silla de ruedas) o cualquier otra faceta personal que permita definirla como vulnerable. En segundo lugar, el inductor debe plantear el suicidio a este tipo de sujetos como una alternativa para cesar con ese episodio de sufrimiento intrínseco o contextual. Sobre este punto, resulta igualmente imposible efectuar una taxonomía de los medios instigadores que puede emplear el eventual agente motivador al efecto. Valga, en todo caso, la idea de que, habida cuenta de la concurrencia de esta situación de anormalidad motivacional, las exigencias para desaprobado una conducta a los efectos del art. 143.1 CP deben rebajarse como de igual manera se rebajarían para el caso de aquella inducción al delito que tuviera como destinatario del mensaje comunicativo a una persona en la misma situación¹⁹¹. En otras palabras: lo que es insuficiente para validar una inducción al delito en una situación de normalidad motivacional (p.ej., una simple recomendación o un argumento moral articulado por alguien sin ascendencia sobre el inducido), puede ser óptimo para inducir al suicidio. No hay ningún impedimento semántico en el art. 143.1 CP que impida alcanzar esta conclusión. Esto último, con mayor razón en el momento en el que se observa la ausencia del adverbio «directamente» en su marco típico, que sí es utilizado por el art. 28.a) CP¹⁹².

b. El dolor como motivo de la acción evasiva

Induce al suicidio quien crea o incrementa el *dolor* desencadenante de la decisión autolítica. Con esta afirmación, introduzco la que entiendo que es la principal novedad de mi planteamiento, esto es, la consideración de los casos de creación de contextos estimulantes como medios idóneos para inducir al suicidio. Como decía en la introducción, estos supuestos han sido ampliamente rechazados como formas de instigación. Sin embargo, en este trabajo me opongo a esta idea. Así pues, un Derecho penal que pretende evitar siempre (salvo en los casos definidos por la LORE) una decisión irreversible como el suicidio debe fijarse en los motivos que la empujan. La capacidad intelectual de contemplar la acción autolítica como una alternativa evasiva es uno de ellos, pero no es el más importante. La motivación más significativa la constituye, sin dudas, la situación de sufrimiento (intrínseco o contextual) que puede llegar a ubicar al sufriente ante la tesitura de tener que plantearse el suicidio, precisamente, como una solución de escape frente al dolor que lo invade. Si esto es así, el Derecho penal debería preocuparse y contemplar, en tanto

¹⁹¹ Sobre ello, MARTÍNEZ SANROMÀ, *Motivación e intervención delictiva*, 2023, pp. 239 ss.

¹⁹² Si se quiere concretar más el modelo, puede ser de utilidad recuperar el patrón psicológico que planteaba SOPER para el suicidio. Entendido este último como el desencadenante de un contexto de dolor unido a la capacidad intelectual de visualizar la autolisis como una forma de evasión, el autor remarca que, por lo general, los seres humanos disponen siempre de «defensas anti-suicidio» (*The Evolution of Suicide*, 2018, pp. 125 ss.). Ciertamente, el binomio dolor-alternativas no explica todavía por qué la mayoría de las personas no deciden quitarse la vida, aunque muchas de ellas experimenten dolor y tengan la capacidad intelectual suficiente como para visualizar la acción autolítica como una salida a la situación descrita. Esta (confortable) realidad, básica para la supervivencia de la especie, se debe precisamente a una serie de mecanismos de defensa que nos permiten rechazar el suicidio como alternativa válida de escape, pese a que podamos llegar a entenderla como una posible solución (incluso, la única realmente efectiva). Estas defensas son múltiples: los tabús sociales, las normas culturales, religiosas o de otro tipo, etc. Una forma de validar la inducción al suicidio podría venir determinada por la erosión de estos mecanismos de defensa, los cuales actúan como frontera psicológica entre el dolor sufrido por la víctima y la decisión autolítica en tanto que alternativa evasiva.

que mecanismos idóneos para inducir al suicidio, aquellos comportamientos que pudieran estar capacitados para empujar a una persona hacia este contexto de sufrimiento¹⁹³.

De nuevo, nada en la semántica del art. 143.1 CP impide alcanzar esta posición: ni el precepto exige que la inducción sea directa, ni «inducir», como verbo típico rector, implica acotar el campo de posibles influencias a aquellas que se manifiestan de forma expresa y con una intensidad al límite con la autoría mediata (repárese, a modo de «antiejemplo», en el caso 1). De otra manera: inducir penalmente es aportar un motivo determinante para una acción¹⁹⁴. Y, en lo que a la acción autolítica se refiere, no hay motivo más definitivo que el dolor. Consiguientemente, es válido afirmar que el principal mecanismo de inducción al suicidio, en tanto que decisión irreversible, es la creación de dolor como factor estimulante aversivo. Tal conclusión permanece intramuros del sentido literal posible de la disposición y es perfectamente razonable en atención a la realidad del suicidio y el *telos* de la norma¹⁹⁵. Por lo tanto, sería innecesario que nuestro ordenamiento jurídico incluyera un precepto como el art. 390 *sexies* del Código penal chileno. Esta norma castiga, como autor de un «suicidio femicida», a quien, «con ocasión de hechos previos constitutivos de violencia de género, cometidos por éste en contra de la víctima, causare el suicidio de una mujer»¹⁹⁶. Estos «hechos previos», que son los contextos estimulantes a los que me refiero en el presente artículo, pueden quedar incluidos en el verbo genérico «inducir» (utilizado también por el art. 393 *bis* del Código penal de Chile) en la medida en que a este no se le adhiere el adverbio «directamente» y puede hacer referencia a cualquier motivo desencadenante de la acción autolítica.

Con esto claro, el contrapunto es evidente: sería totalmente descabellado que el Derecho penal pretendiera prohibir cualquier forma de causación de dolor en atención al art. 143.1 CP. Ello constituiría una restricción desproporcionada de la libertad. Frente a esta eventualidad, al hilo de la dogmática desarrollada a expensas de la provocación de la legítima defensa¹⁹⁷, considero que esta creación de dolor debe presentarse como una conducta *per se* antijurídica, que desborde el perímetro de libertad concedido a los ciudadanos con respecto a sus interacciones sociales. Un dolor provocado por un comportamiento jurídicamente lícito no puede conectarse objetivamente con una motivación penalmente desaprobada. Incluyo en este ámbito de exclusión, los suicidios realizados en procesos de desahucio iniciados a través de una demanda al juzgado competente y articulados mediante el procedimiento legalmente establecido al efecto; los que pudieran derivarse de la situación de sufrimiento ínsita a la privación de libertad que implica el cumplimiento de una pena de prisión; o cualquier otro comportamiento autolítico consecuencia de un contexto de sufrimiento provocado por estímulos estresantes frente a los que pueda predicarse una especie de deber de tolerancia por parte del sufriente (p.ej., el estrés que se deriva de cualquier posición laboral compleja o del desempeño de una actividad que implica un mínimo

¹⁹³ Para el caso de la responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC, véase un paralelismo reciente en la STSJ Castilla y León, Sala de lo Social, de 15 de julio (ECLI:ES:TSJCL:2024:3395), en la que se confirma la condena a una mercantil por daños y perjuicios al quedar acreditada una relación de causalidad entre los actos de acoso moral padecidos por una trabajadora y su posterior suicidio.

¹⁹⁴ PUPPE, «Der objektive Tatbestand der Anstiftung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (3), 1984, pp. 112 ss.; STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus. Ein Beitrag zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe*, 2011, p. 209.

¹⁹⁵ Sobre los límites a la tarea hermenéutica del intérprete, véase LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Interpretar o crear: límites a la interpretación penal según el Tribunal Constitucional», *Almacén de Derecho*, 2018.

¹⁹⁶ Sobre este precepto, extendidamente, CASTILLO-ARO, «El suicidio femicida y su delimitación entre la inducción y el auxilio al suicidio», *Ius et Praxis*, 2025, pp. 100 ss.

¹⁹⁷ Por todos, MOLINA FERNÁNDEZ, «La legítima defensa en Derecho penal», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (25), 2012, pp. 39 s.

riesgo psicológico, la situación emocional en la que pueda quedar un sujeto como consecuencia de un acto unilateral plenamente lícito llevado a cabo por otra persona como romper una relación amorosa o de amistad, entre otros)¹⁹⁸.

Solo se desbordará el perímetro de libertad cuando la conducta estimulante del dolor o sufrimiento rebase los límites de lo permitido¹⁹⁹. Sin embargo, lo «no permitido», en tanto que conducta contraria al ordenamiento²⁰⁰, puede abarcar muchas ramas del Derecho (desde la rescisión unilateral de un contrato de arrendamiento sin que medie causa legal al efecto, hasta el despido improcedente de un trabajador, pasando por una leve injuria emitida a una persona especialmente sensible). Por mucho que los márgenes de la libertad de obrar puedan restringirse ante decisiones tomadas en contextos motivacionales subóptimos, como ocurre con el suicidio, esta restricción no puede convertirse en un ahogamiento penal de toda forma de interacción jurídicamente extralimitada. Con ello, se correría el peligro de amenazar con la pena del art. 143.1 CP cualquier mínima causación de dolor, siempre y cuando pudiera acreditarse el carácter doloso de la actuación con respecto a un posible desenlace fatal. La protección de la vida frente a decisiones irreversibles debe compatibilizarse con la debida orientación de toda restricción penal hacia la optimización de los márgenes de la libertad (en este caso, comunicativa y relacional). A tal efecto, los ilícitos jurídico-penales vinculados a la protección de la libertad, la integridad moral y la integridad física y psíquica pueden constituir una referencia para la demarcación de estas esferas de tolerancia. A ello habrá que añadir, sobra decirlo, la necesidad de que la conducta se efectúe dolosamente, aspecto básico en el que no puedo detenerme aquí.

Repárese que esta tesis ofrece al art. 143.1 CP un «lugar» entre la atipicidad y la prohibición ex art. 138 CP (homicidio en autoría mediata). Y este posicionamiento se efectúa a expensas de dos cosas: por un lado, la consideración como típicos de comportamientos que, hasta este momento, no podían obtener esta calificación (la creación de contextos estimulantes). Por el otro, evitar la tentación de incluir en el ámbito del art. 138 CP los casos de influjos dirigidos a personas vulnerables. Con ello, creo asegurar la relevancia típica que razonablemente debe desprenderse del art. 143.1 CP en los distintos escalafones de protección jurídico-penal de la vida humana independiente.

6. Conclusiones

La construcción dogmática de la inducción al suicidio que efectúa la doctrina y la jurisprudencia, análoga a la desarrollada al hilo de la inducción al delito, comporta una estructuración teórica del art. 143.1 CP que da la espalda a la realidad del fenómeno en cuestión. Aunque el legislador haya decidido utilizar un mismo verbo típico, la diferencia en la conducta que constituye su

¹⁹⁸ Si el parámetro de la antijuridicidad no fuera suficiente (no desatiendo que, solo con su mención, se podría plantear la tipicidad con respecto al art. 143.1 CP del atropello doloso a una persona que sufre de depresión, dejándola tetrapléjica, y que, a resultas de ello, decide suicidarse), puede valer la idea, defendida por ROBLES PLANAS, «La estructura de la intervención en el delito», *Política Criminal*, (15-30), 2020, p. 999, de que la conducta presente un significado objetivo de «ensamblaje» con un hecho futuro que merecerá la calificación de «suicidio». Sobre este punto, no puedo sino remitirme a la tesis de este autor en lo referente a la intervención delictiva (muy especialmente, con respecto a la valoración jurídico-penal de las denominadas «conductas neutrales»).

¹⁹⁹ Parecido, ÍÑIGO CORROZA, *RECPC*, (25-15), 2023, p. 13, indicando que «el riesgo típicamente relevante se determina intersubjetivamente, por lo que habrá que valorar si, desde esta perspectiva, la conducta es susceptible de hacer surgir en otro la voluntad de autoeliminarse. Esta valoración tendrá que discernir las conductas que puedan tener relevancia penal por considerarse peligrosas, de conductas socialmente adecuadas o de conductas que no sean relevantes desde una perspectiva de entidad del riesgo».

²⁰⁰ Sigo la definición ofrecida por SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 22.

objeto (cometer un delito vs. cometer un suicidio) implica la necesidad de abogar por una estructuración distinta en ambos casos que atienda a las particularidades de cada uno de estos dos comportamientos. Así pues, frente a la comisión culpable de un delito, parece coherente exigir una conducta motivacional especialmente intensa para derrotar las implicaciones de la prohibición de regreso al dirigirse la influencia hacia una persona que normativamente se presume como un «sujeto racional» o autorresponsable. En cambio, en lo que la realización de un suicidio se refiere, la anormalidad contextual que suele acompañar este tipo de decisiones obliga al intérprete a estructurar los márgenes de la libertad comunicativa y relacional de una manera distinta, atendiendo a los déficits motivacionales que, generalmente, propulsan la decisión autolítica. Esta reestructuración debe tener en cuenta un punto esencial: la valoración jurídica y el estatus deóntico que ostenta el suicidio en el marco de nuestro ordenamiento. Sobre esta cuestión, si bien el suicidio es una conducta permitida, no constituye una situación querida por el Derecho, lo que deónticamente se traduce como mera libertad que no obsta a la interposición de prohibiciones a terceras personas que pudieran contribuir (material o motivacionalmente) a la plasmación de esta consecuencia indeseable.

Si el objetivo del ordenamiento jurídico es evitar que las personas tomen esta clase de decisiones irreversibles, toma sentido prohibir las contribuciones motivacionales en tanto que impulsores principales de tal resolución. Tras el inicio de la acción autolítica, su explicación retrospectiva no puede desatender la existencia de un sujeto-detonador que ha impulsado de forma relevante el hecho al que se refiere el art. 143.1 CP. La concreción de este fundamento, a efectos de demarcar la prohibición resultante, debe tener en consideración que el suicidio de una persona suele ser el fruto de una situación de sufrimiento en el que la autolisis se visualiza como un mecanismo de evasión. Con base en este modelo explicativo, debe concluirse que induce al suicidio quien, o bien crea antijurídica y dolosamente la situación de dolor detonante de tal acción, o bien presenta esta última como una decisión necesaria para escapar del sufrimiento que afecta de forma presente a un sujeto determinado. Considero que un análisis jurídico-penal de la inducción al suicidio mínimamente concernido con la realidad de este fenómeno debe derivar a este esquema de desaprobación. Dejo aquí apuntadas estas ideas como forma de renovar y ampliar la reflexión que merece la protección de la vida humana frente al suicidio como decisión irreversible.

7. Bibliografía

ALBERT, «Eutanasia: de delito a derecho», *Bajo Palabra*, (24), 2020, pp. 243-268.

ALONSO SALAS, «Suicidio: ¿derecho de autodeterminación física o ejercicio de la libertad con respecto a la propia vida?», *Episteme*, (30-2), 2010, pp. 49-59.

ÁLVAREZ GARCÍA/MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «Inducción y cooperación al suicidio. Homicidio consentido. Eutanasia», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/VENTURA PÜSCHEL (coord.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial*, t. I, 4º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 215-284.

AMELUNG, «Die Anstiftung als korrumpierende Aufforderung zu strafbedrohtem Verhalten», en HOYER/MÜLLER/PAWLIK/WOLTER (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 2006, pp. 147-178.

DE AQUINO, *Suma de Teología*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2011.

ARÁUZ ULLOA, *El delito de omisión del deber de socorro. Aspectos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Gredos, Barcelona, 2014.

ARMENGOU, *Romper el silencio. Reflexiones para entender y prevenir el suicidio entre los jóvenes*, Plataforma Editorial, Barcelona, 2024.

ARRUEGO RODRÍGUEZ, «El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español», *InDret*, (2), 2009, pp. 1-27.

BALDÓ LAVILLA, «Algunos aspectos conceptuales de la inducción (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Días Palos)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (3), 1989, pp. 1091-1124.

BARQUÍN SANZ, «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», en AA.VV., *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Comares, Granada, 2001, pp. 155-211.

BAYÓN MOHINO, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

BECCARIA, *De los delitos y las penas*, Alianza Editorial, Madrid, 2014.

BELTRÁN AGUIRRE, «El procedimiento y los controles necesarios con el fin de garantizar la observancia de los requisitos objetivos y subjetivos», en TOMÁS-VALIENTE LANUZA (ed.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 155-198.

BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. I, 1885, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.

BOTTKE, «Probleme der Suizidbeteiligung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1983, pp. 22-37.

———, *Suizid und Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1982.

CACIOPPO/PATRICK, *Loneliness: Human nature and the need for social connection*, W. W. Norton & Company, New York, 2008.

CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 3.ª ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2022.

CARBONELL MATEU, «El castigo de la ayuda al suicidio es inconstitucional», *Derecho a Morir Dignamente*, (82), 2020, p. 10-12.

CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Violaciones por engaño? Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual», *InDret*, (4), 2023, pp. 171-220.

CASTILLO-ARO, «El suicidio femicida y su delimitación entre la inducción y el auxilio al suicidio», *Ius et Praxis*, 2025, pp. 100-119.

CHRISTMANN, *Zur Strafbarkeit sogenannter Tatsachenarrangements wegen Anstiftung. Ein Beitrag der Lehre von der objektiven Zurechnung zum Strafgrund der Anstiftung*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1997.

CIGÜELA SOLA, «Reconocimiento, delito y pena: de Hegel a Honneth», *Política Criminal*, (15-29), 2020, pp. 202-228.

COCA VILA, «Agresión sexual por engaño. Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual», *InDret*, (3), 2023, pp. 430-466.

———, «El derecho a un suicidio asistido frente a la prohibición de su fomento como actividad recurrente (§ 217 StGB). Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 26 de febrero de 2020», *InDret*, (4), 2020, pp. 501-513.

DE LA FUENTE CARDONA, *La teoría del bien jurídico y su función de crítica legislativa. Una contribución a la discusión sobre la evaluación constitucional de las normas penales*, Marcial Pons, Madrid, 2025.

———, «El concepto material de delito en la doctrina alemana en las postrimerías del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. En contra de la tesis de la ruptura de Amelung», *InDret*, (1), 2024, pp. 210-278.

DECATANZARO, *Suicide and self-damaging behavior: A sociobiological perspective*, Academic Press, New York, 1981.

DEL ROSAL BLASCO, «Sobre los elementos del hecho típico en la inducción», *Cuadernos de política criminal*, (4), 1999, pp. 97-130.

———, «La participación y auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código penal», *Anuario de Derecho Pena y Ciencias Penales*, (40-1), 1987, pp. 73-98.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/BARBER BURUSCO, «Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozos del tratamiento penal en España», *Revista Nuevo Foro Penal*, (79), 2012, pp. 115-149.

DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO (2022), *Las principales cifras de la siniestralidad vial* [disponible en: <https://www.dgt.es/menusecundario/dgt-en-cifras/dgt-en-cifras-resultados/dgt-en-cifras-detalle/Las-principales-cifras-de-la-siniestralidad-vial-2022/>].

DURKHEIM, *El suicidio. Estudio de sociología*, Reus, Madrid, 1928.

ENOCH, «Giving practical reasons», *Philosopher's Imprint*, (11-4), 2011, pp. 1-22.

FATHE-MOGHADAM, «Grenzen des weichen Paternalismus – Die blinden Flecken der liberalen Paternalismuskritik», en EL MISMO/VOSSENKUHL/SELLMAIER (eds.), *Grenzen des Paternalismus*, W. Kohlhammer, Stuttgart, 2009, pp. 21-47.

FELIP I SABORIT, «El homicidio y sus formas», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 10ª. ed., Atelier, Barcelona, 2025, pp. 31-78.

FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Springer, Berlín-Heidelberg, 2019.

FRISCH, «Pena, delito y sistema del delito en transformación», *InDret*, (3), 2014, pp. 1-30.

———, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, De Gruyter, Berlin, 1968.

———, «Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung», *Juriste Zeitung*, (21), 1960, pp. 649-655.

BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.

GARCÍA CAVERO, «La instigación al delito: ¿forma de participación o delito autónomo», en BÖSE/SCHUMANN/TOEPEL, *Festschrift zum 70. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h. c. mult. Urs Kindhäuser*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 131-146.

GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

GONZÁLEZ LILLO, *Autoría y participación como criterios de imputación penal. Una aproximación a su objeto, fundamento y estructura*, Atelier, Barcelona, 2023.

GONZÁLEZ-COBO, *Semper dolens. Historia del suicidio en Occidente*, Acanalado, Barcelona, 2015.

GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.

GUNN, «Extended suicide», *Criminal Behaviour and Mental Health*, (27), 2017, pp. 286-289.

HÄLSCHNER, *Das preußischen Strafrecht*, t. II, Adolph Marcus, Bonn, 1858.

HERZBERG, «Beteiligung en einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt», *Juristische Arbeitsblätter*, 1985, pp. 336 ss.

———, *Täterschaft und Teilnahme. Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, Beck, Munich, 1977.

HILGENDORF, «Was meint “zur Tat bestimmen” in § 26 StGB», *Juristische Ausbildung*, (1), 1996, pp. 9 ss.

DE HIPONA, *La ciudad de Dios*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 2010.

HJELMELAND/KNIZEK, «The emperor's new clothes? A critical look at the interpersonal theory of suicide», *Death Studies*, (44-3), 2020, pp. 168-178.

HOHFELD, «Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning», *Yale Law School Legal Scholarship Repository - Faculty Scholarship Series*, (26), 1917, pp. 710-770.

HRUSCHKA, «Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias», en EL MISMO, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 169-195

HUME, «Sobre el suicidio», en *Ensayos morales*, Alianza Editorial, Madrid, 2023, pp. 143-157.

HUMPHREY, «The lure of death: Suicide and human evolution», *Philosophical Transactions of the Royal Society*, 2018, 2018, pp. 1-7.

ÍÑIGO CORROZA, «Inducción al suicidio y solidaridad intersubjetiva: fundamentos para una reinterpretación del art. 143.1 CP», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (25-15), 2023, pp. 1-28

JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.

JOINER, *Why people die by suicide?*, Harvard University Press, Cambridge, 2005.

JOINER/VAN ORDEN/WITTE/SELBY/RIBEIRO/LEWIS/RUDD, «Main predictions of the interpersonal psychological theory of suicidal behavior: Empirical test in two samples of young adults», *Journal of Abnormal Psychology*, (118-3), 2008, pp. 634-646.

JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994.

KIMBERLY/VAN ORDEN/WITTE/GORDON/BENDER/JOINER, «Suicidal Desire and the Capability for Suicide: Test of the Interpersonal- Psychological Theory of Suicidal Behavior Among Adults», *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, (76-1), 2008, pp. 72 ss.

KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin-Heidelberg, 1997.

KORIATH, *Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität*, Otto Schwartz, Gotinga, 1988.

KUBICIEL, «Zur Verfassungskonformität des § 217 StGB», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (6), 2016, pp. 396-403.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Interpretar o crear: límites a la interpretación penal según el Tribunal Constitucional», *Almacén de Derecho*, 2018, [Disponible en: <https://almacenederecho.org/interpretar-o-crear-limites-a-la-interpretacion-penal-segun-el-tribunal-constitucional>].

LLOBET ANGLÍ, «Prostitución y consentimiento: ¿una contradicción en los términos?», *Revista Jurídica de les Illes Balears*, (21), 2022, pp. 89-12.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, «El suicidio: criterios doctrinales y jurisprudenciales para su calificación como accidente de trabajo», *Lan Harremanak – Revista De Relaciones Laborales*, (49), 2023, pp. 180-214.

LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

LOUSADA AROCHENA, «El suicidio como accidente de trabajo: ¿qué hay que probar y cómo probarlo?», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, (4), 2023, pp. 1-8.

LUZÓN PEÑA, «Ejercicio legítimo de derecho. Cuestiones generales», en DE VICENTE MARTÍNEZ/GÓMEZ INIESTA/MARTÍN LÓPEZ/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/NIETO MARTÍN (coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero: un derecho penal humanista*, t. I, 2021, Editorial BOE, Madrid, pp. 355-372.

MALO OCEJO, «Evolución y antropología del suicidio», *Encuentros de psiquiatría. De la antropología a la investigación y clínica de la conducta suicida*, 2019, pp. 13-30.

MANTOVANI, «Sobre el problema jurídico del suicidio», en AA.VV., *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Comares, Granada, 2001, pp. 69-82.

MAÑALICH, «Intervención “organizada” en el hecho punible: esbozo de un modelo diferenciador», en COUSO/WERLE (dirs.), *Intervención delictiva en contextos organizados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 23 ss.

———, «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 (Valdivia)*, (24-1), 2011, pp. 87-115.

MARTÍNEZ SANROMÀ, «¿Homicidio o inducción al suicidio? Comentario a la SAP Castellón 11/2022, de 29 de julio», *Diario La Ley*, (10675), 2025, pp. 1-10.

———, «Creación de situaciones de pánico y resultados lesivos. Comentario a la STS 834/2023, de 15 de noviembre», *InDret*, (1), 2024, pp. 583-596.

———, «La intervención motivacional», *Política Criminal*, (19-38), 2024, pp. 1-27.

———, *Motivación e intervención delictiva. Una reestructuración de la «participación psíquica»*, Atelier, Barcelona, 2023.

MENDES DE CARVALHO, *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal. Estudio del art. 143 del Código penal espanyol y propuesta de lege ferenda*, Comares, Granada, 2009.

MOLINA FERNÁNDEZ, «Autoría y participación delictiva», *Memento Penal*, LeFebvre, Madrid, 2023.

———, «La legítima defensa del derecho penal», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (25), 2012, pp. 19 ss.

MONTERO, *Equivalentes funcionales de la pena retributiva. Teoría general y aplicación práctica al desistimiento de la tentativa, la regularización tributaria y la confesión*, Atelier, Barcelona, 2023.

MORESO, «Dignidad humana: eutanasia y auxilio ejecutivo al suicidio», en TOMÁS-VALIENTE LANUZA (ed.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 76-91.

MUÑOZ CONDE, «Prólogo», en JAKOBS, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

———, «Provocación al suicidio mediante engaños: un caso límite entre la autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (40), 1987, pp. 301-318.

NÚÑEZ PAZ, «Evolución histórica del tratamiento del suicidio en el Derecho penal español hasta el advenimiento de la segunda república española», en DE VICENTE MARTÍNEZ/GÓMEZ INIESTA/MARTÍN LÓPEZ/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/NIETO MARTÍN (coords.), *Libro homenaje al profesor Luís Arroyo Zapatero: un derecho penal humanista*, BOE, Madrid, t. II, 2021, pp. 1645-1662.

OLESA MUÑIDO, *Inducción y auxilio al suicidio*, Bosch, Barcelona, 1958.

OLMEDO CARDENETE/BARQUIN SANZ, «Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido», en AA.VV., *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Comares, Granada, 2001, pp. 105-154.

OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, Comares, Granada, 2000.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Preventing suicide. A global imperative*, 2014, [Disponible en: https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/131056/9789241564779_eng.pdf?sequence=1].

PACHECO, *Estudios de derecho penal: lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, 2.^a ed., S. Compagni, Madrid, 1854.

PANTALEÓN DÍAZ/PUENTE RODRÍGUEZ, «Derecho penal y discapacidad a partir del nuevo paradigma de la convención», en MUNAR BERNAT (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad: El Derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 117-156.

PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

PAWLIK, *El derecho de las personas mayores en el derecho penal: importancia y alcance del principio de autonomía del paciente*, trad. por Tuñón, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2022.

———, «Selbstbestimmtes Sterben: Für eine teleologische Reduktion des § 216 StGB», en ALBRECHT *et al.* (eds.), *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2015, pp. 407 ss.

PEÑARANDA RAMOS, «Participación en suicidio, eutanasia, autonomía personal y responsabilidad de terceros», en TOMÁS-VALIENTE LANUZA (ed.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 199-242.

PERALTA, «La explotación como violación de un deber positivo», en GARGARELLA/ÁLVAREZ MEDINA/IOSA (coords.), *Acciones privadas y Constitución. La autonomía personal en la interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2021, pp. 671-696.

PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3^a ed., Dykinson, Madrid, 2019.

PLATÓN, *Diálogos*, t. III, Gredos, Barcelona, 2020.

PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso. Un estudio sobre las posibles repercusiones jurídicas de las relaciones entre la imputabilidad penal y la peligrosidad criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

PUPPE, «Der objektive Tatbestand der Anstiftung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1984, pp. 101 ss.

REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2014.

RENZIKOWSKI, «Ist psychische Kausalität dem Begriff nach möglich?», en PAEFFGEN (ed.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, pp. 201 ss.

REY MARTÍNEZ, «La eutanasia en el sistema europeo de Estrasburgo tras la sentencia Mortier y su impacto en el ordenamiento español», *Teoría y Realidad Constitucional*, (51), 2023, pp. 567-589.

ROBLES PLANAS, *Teoría de las normas y sistema del delito*, Atelier, Barcelona, 2021.

———, «La estructura de la intervención en el delito», *Política Criminal*, (15-30), 2020, pp. 993 ss.

———, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

RODRÍGUEZ ALMIRÓN, «El suicidio en el ámbito laboral. Tratamiento jurídico-penal de la inducción al suicidio», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, (11-3), 2023, pp. 278-296.

RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

ROLDÁN BARBERO, «Prevención del suicidio y sanción interna», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (49-3), 1987, pp. 625-646.

ROXIN, «Die Mitwirkun beim Suizid -ein Tötungsdelikt?», en JESCHECK/LÜTTGER (eds.), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin, 1977, pp. 331-356.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (48-1), 1995, pp. 198-264.

SCHMIDHÄUSER, «Selbstmord und Beteiligung an Selbstmord in strafrechtlicher sicht», en STRATENWERTH/KAUFMANN/GEILEN/HIRSCH/SCHREIBER/JAKOBS/LOOBS (eds.), *Festschrift für Hans Welz zum 70. Geburtstag am 25.3.1974*, De Gruyter, Berlin, 1974, pp. 801 ss.

SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1986.

SHNEIDMAN, *The suicidal mind*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 2025.

———, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona, 2022.

———, «Editorial. Suicidio alemán y “duelo americano”», *InDret*, (3), 2018, pp. 1-3.

———, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros (A propósito de la STS 8 de julio de 1985, ponente Cotta y Márquez de Prado)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, pp. 451-477.

———, «La responsabilidad penal del médico por omisión», *Diario La Ley*, (1), 1987, pp. 955-966.

SOPER, «Ethological Problems with the Interpersonal Theory of Suicide», *OMEGA-Journal of Death and Dying*, (89-1), 2024, pp. 292-314.

SOPER, «Adaptation to the Suicidal Niche», *Evolutionary Psychological Science*, (5), 2019, pp. 454-471.

STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus. Ein Beitrag zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011.

STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.

STENGEL, *Psicología del suicidio y los intentos suicidas*, Paidós, Buenos Aire, 1965.

TAMARIT SUMALLA, «Art. 155», en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal*, t. II, 8.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2024, pp. 1030-1033.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Inducción y cooperación al suicidio. Eutanasia», *Memento Penal*, LeFebvre, Madrid, 2023.

———, «Gradación de la responsabilidad por incumplimiento de requisitos legales», *Derecho a Morir Dignamente*, (82), 2020, pp. 20-22.

———, «Sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia (algunas inexactitudes y tergiversaciones en el debate)», *Revista Jurídica de les Illes Balears*, (21), 2022, pp. 139-166.

———, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo CP (art. 143)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

———, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

TORÍO LÓPEZ, «Hacia la actualización de la instigación y auxilio al suicidio y el homicidio consentido», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, (13), 1987, pp. 227-229.

———, «La noción jurídica de suicidio», en VV.AA., *Estudios de Derecho Público y Privado. Homenaje a D. Ignacio Serrano y Serrano*, Facultad de Valladolid, Valladolid, 1965, pp. 653-668.

VALLEMAN, «A Right of Self-Termination», *Ethics*, (109-3), 1999, pp. 606-628.

VAN ORDEN/CUKROWICZ/WITTE/BRAITHWAITE/SELBY/JOINER, «The Interpersonal Theory of Suicide», *Psychological Review*, (117-2), 2010, pp. 575-66.

VILLEGAS BESOR, «Semántica del suicidio», *Revista de Psicoterapia*, (34-124), 2023, pp. 11-35.

Núria Torres-Rosell
Universitat Rovira i Virgili

-
África Cruz Jiménez
Universitat Rovira i Virgili

-
Patricia Hernández-Hidalgo
Universitat Oberta de
Catalunya

-
Roser Casanova Martí
Universitat Rovira i Virgili

Indicadores de victimización secundaria en procesos penales por violencia sexual infantil en el contexto Barnahus

Sumario

-
El artículo presenta los resultados de un estudio cuantitativo destinado a examinar la presencia de indicadores de victimización secundaria en procedimientos penales incoados por abusos y agresiones sexuales a menores de edad. El trabajo justifica los indicadores seleccionados y examina posibles cambios en tales indicadores tras la aprobación de normativa para la protección de la infancia frente a la violencia y tras la implementación del servicio de atención a la infancia víctima de violencia que, siguiendo los estándares internacionales del modelo Barnahus, se creó en Tarragona en el año 2020. El estudio confirma una influencia positiva de Barnahus en la protección de las víctimas de violencia sexual infantil a través de la identificación de cambios en indicadores como la duración del procedimiento, la preconstitución de la prueba y la efectiva intervención de los profesionales de Barnahus en el apoyo a la víctima. Con todo, el estudio detecta también algunos indicadores que apuntan a la persistencia de un riesgo de victimización secundaria y que requieren de una mayor atención de las autoridades y los profesionales.

Abstract

-
This article presents the results of a quantitative study aimed at examining the presence of indicators of secondary victimization in criminal proceedings initiated for sexual abuse and assault against minors. The paper justifies the selected indicators and examines potential changes in these indicators following the adoption of legislation for the protection of children against violence and the implementation of the child support service for victims of violence, which, following the international standards of the Barnahus model, was established in Tarragona in 2020. The study confirms a positive influence of Barnahus in protecting victims of child sexual violence through the identification of changes in indicators such as the duration of the proceedings, the pre-constituted evidence, and the effective involvement of Barnahus professionals in supporting the victim. Nevertheless, the study also identifies certain indicators that reveal a risk of ongoing secondary victimization and which require greater attention from professionals.

Title: Secondary Victimization Indicators in Criminal Proceedings for Child Sexual Violence within the Barnahus Context

-
Palabras clave: Víctimas, abuso sexual infantil, victimización secundaria, prueba preconstituída, Barnahus

Keywords: Victims, child sexual abuse, Secondary victimization, preconstituted evidence, Barnahus

-
DOI: 10.31009/InDret.2025.i3.11

3.2025

Recepción
14/04/2025

-

Aceptación
23/06/2025

-

Índice

-

1. Introducción

- 1.1. La victimización sexual infantil
- 1.2. La victimización secundaria en el abuso sexual infantil
- 1.3. Reformas legales en España para abordar el riesgo de la victimización secundaria
- 1.4. El modelo Barnahus y la protección de la infancia víctima durante el proceso penal

2. Objetivos, indicadores y metodología del estudio

- 2.1. Objetivos e indicadores
- 2.2. Metodología

3. Muestra

4. Resultados

- 4.1. Víctimas, ofensores e intervención de Barnahus
- 4.2. Exploraciones de las víctimas
- 4.3. Prueba preconstituida
- 4.4. Informe de credibilidad
- 4.5. Adopción de medidas para evitar la confrontación visual durante el juicio
- 4.6. Sobreseimiento
- 4.7. Duración del procedimiento

5. Discusión

6. Conclusiones

7. Limitaciones del estudio

8. Bibliografía

-

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

1. Introducció*

La victimización sexual infantil es una realidad criminológica compleja que ha recibido una creciente atención científica, tanto en lo relativo a los efectos de esta violencia a corto y largo plazo sobre las víctimas, como respecto de los retos que presenta su abordaje terapéutico y judicial. La intervención de la justicia penal en los casos de victimización sexual infantil se destina a esclarecer la verdad de los hechos y determinar la responsabilidad del presunto autor de los abusos, con el fin último de prevenir la reiteración delictiva sobre la misma u otras víctimas y luchar contra la impunidad de unas conductas que, en demasiadas ocasiones, se perpetúan a costa del silencio impuesto a las víctimas. Con todo, la intervención del sistema penal presenta grandes retos, no solamente por las múltiples barreras existentes para que las víctimas accedan a la justicia, sino también por los efectos perniciosos de su participación en ella, tras someterse a múltiples exploraciones, afrontar largos periodos de espera hasta alcanzar alguna resolución judicial, y contar con un escaso reconocimiento de medidas de protección y de reparación, situaciones todas ellas que pueden generar en la víctima un menoscabo tan intenso como el derivado de la propia victimización sexual.

En este contexto, y a partir de los datos recopilados en el marco de un proyecto destinado a evaluar los efectos del modelo Barnahus en la protección de niños y niñas víctimas de violencia sexual, el trabajo que aquí se presenta se propone evaluar los indicadores de victimización secundaria a los que se enfrentan las víctimas de violencia sexual infantil. El objetivo es detectar la presencia de indicadores de victimización secundaria en los procesos judiciales incoados por abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años a partir de la revisión de expedientes judiciales en Cataluña y en un periodo temporal de cinco años en el que se activa la primera unidad Barnahus de España. Para ello, la exposición se inicia con una revisión del marco teórico sobre los efectos de la victimización sexual en los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) y sobre los factores vinculados a la victimización secundaria. Se revisa a continuación el marco legal vigente tras las reformas operadas en España para la protección de este colectivo en el proceso penal y se apuntan, también, los retos que asume el modelo Barnahus para facilitar la participación de NNA en el proceso penal, protegiendo sus derechos y garantizando la observancia de las medidas orientadas a evitar la victimización secundaria. En la segunda parte del trabajo se exponen los objetivos y metodología del estudio efectuado a partir de la revisión de expedientes judiciales por violencia sexual infantil y se exponen los principales resultados alcanzados. El trabajo finaliza con la discusión de los resultados y unas propuestas de actuación.

1.1. La victimización sexual infantil

La victimización sexual infantil constituye una grave violación de los derechos de NNA y un problema de salud pública de gran magnitud², tanto por su extensión en el conjunto de la sociedad como por las afectaciones psicológicas, conductuales y/o sexuales que puede ocasionar

* Autora de contacto: Núria Torres-Rosell (nuria.torres@urv.cat). Esta contribución se enmarca en los resultados del Proyecto de investigación "Impact of the Barnahus model on protecting the rights of children victims of sexual abuse in the Criminal justice system", financiado por la OAK Foundation, OFIL-22-101, y dentro del grupo de investigación "Territori, Ciutadania i Sostenibilitat" (2021 SGR 00162) de la Universitat Rovira i Virgili. Las autoras deseamos agradecer a las Fiscalías Provinciales de Tarragona y de Lleida su disponibilidad y ayuda para la realización del trabajo de campo.

² MACMILLAN, «Child abuse: A community problem», *Canadian Medical Association Journal*, vol. 158, 1998, pp. 1301–1302.

en las víctimas. Estas consecuencias pueden darse tanto a medio como a largo plazo³ y pueden ser de tipo internalizante (como síntomas depresivos o ansioso depresivos) y/o externalizante (conductas agresivas).⁴ Asimismo, sufrir victimización sexual infantil se ha asociado con otras consecuencias negativas, tales como revictimización⁵, consumo de sustancias⁶ o tentativas de suicidio⁷. El entorno familiar y conocido del menor es donde mayormente se producen este tipo de victimizaciones⁸, lo que puede explicar el alto nivel de afectación psicológica y la dificultad para poner los hechos en conocimiento del sistema de justicia penal.

En estos últimos años se ha incrementado el interés por conocer la magnitud real del fenómeno mediante estudios de prevalencia. A nivel internacional, destaca el trabajo de Finkelhor⁹ en el que se estableció que la prevalencia de abuso sexual a lo largo de la vida era de un 26,6% en el caso de las mujeres y de un 5,1% en el caso de los hombres. Los resultados de un metanálisis en el que se revisaron 217 estudios¹⁰, indicaron que la prevalencia global era de un 11,8%, siendo de un 18% en mujeres y de un 7,6% en hombres. La literatura destaca la divergencia de ratios encontradas en función del país, considerando que ello tendría su explicación en elementos culturales, así como en cuestiones relacionadas con las diferencias de conceptualización y definición que se llevan a cabo en cada lugar y en cada investigación¹¹. En nuestro país, el primer estudio sobre prevalencia puso de manifiesto que, en mujeres, la ratio era de un 22% y en hombres de un 15%¹². Posteriormente, un estudio de prevalencia realizado en estudiantes universitarios en Cataluña¹³ detectó que la prevalencia en mujeres era de un 19% y en hombres, de un 15,5%. En su informe de 2017, *Save de Children* estimó que entre un 10 y un 20% de la población española había sufrido algún tipo de abuso sexual en la infancia¹⁴. El estudio de

³ MANIGLIO, «The impact of child sexual abuse on health: A systematic review of reviews. *Clinical Psychology Review*, vol. 29 (7), 2009, pp. 647-657; y, HAILES, YU, DANESE, y FAZEL, «Long-term outcomes of childhood sexual abuse: An umbrella review», *Lancet Psychiatry*, vol. 6 (10), 2019, pp. 830-839.

⁴ LEWIS/MCELROY/HARLAAR/RUNYAN, «Does the impact of child sexual abuse differ from maltreated but non-sexually abused children? A prospective examination of the impact of child sexual abuse on internalizing and externalizing behavior problems», *Child Abuse & Neglect*, vol. 51, 2016, pp. 31-40; y PAPALIA, LUEBBERS, OGLOFF, CUTAJAR, y MULLEN, «The long-term co-occurrence of psychiatric illness and behavioral problems following child sexual abuse», *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry*, vol. 51 (6), 2017, pp. 604-613.

⁵ HÉBERT/LANGEVIN/OUSSAÏD, «Cumulative childhood trauma, emotion regulation, dissociation, and behavior problems in school-aged sexual abuse victims», *Journal of Affective Disorders*, vol. 225, 2018, pp. 306-312.

⁶ TONMYR/SHIELDS, «Childhood sexual abuse and substance abuse: A gender paradox? », *Child Abuse & Neglect*, Vol. 63, 2017, pp. 284-294.

⁷ NG/YONG/HO/LIM/YEO, «Early life sexual abuse is associated with increased suicide attempts: An updated meta-analysis», *Journal of Psychiatric Research*, vol. 99, 2018, pp. 129-141.

⁸ RADFORD et al., *Child Abuse and Neglect in the United Kingdom Today*, National Society for the Prevention of Cruelty to Children, London, 2011.

⁹ FINKELHOR/SHATTUCK/TURNER/HAMBY, «The lifetime prevalence of child sexual abuse and sexual assault assessed in late adolescence», *Journal of Adolescent Health*, núm. 55 (3), 2014, pp. 329-333.

¹⁰ STOLTENBORGH/VAN IJENDOORN/EUSER/BAKERMANS-KRANENBURG, «A global perspective on child sexual abuse: Meta-analysis of prevalence around the world», *Child Maltreatment*, vol. 16 (2), 2011, pp. 79-101.

¹¹ RUEDA/FERRAGUT/CEREZO/ORTIZ-TALLO, «Child sexual abuse in Mexican women: Type of experience, age, perpetrator, and disclosure», *International Journal of Environmental Research and Public Health*, vol. 18 (13), 2021, p. 6931.

¹² LÓPEZ/CARPINTERO/HERNÁNDEZ/MARTÍN/FUERTES, «Prevalencia y consecuencias del abuso sexual al menor en España», *Child Abuse & Neglect*, vol. 19 (9), 1995, pp. 1039-1050.

¹³ PEREDA/FORNS, «Prevalencia y características del abuso sexual infantil en estudiantes universitarios españoles», *Child Abuse & Neglect*, vol. 31, 2007, pp. 417-426.

¹⁴ SAVE THE CHILDREN, *Ojos que no quieren ver: Los abusos sexuales a niños y niñas en España y los fallos del sistema*, 2017.

prevalencia más reciente, realizado mediante encuesta a una muestra de 1.323 participantes, mostró que, en mujeres, la prevalencia es de un 22,4% y, en hombres, de un 9,2%, destacando que las mujeres declararon con mayor frecuencia haber sufrido formas más graves de abuso sexual entre su infancia y adolescencia (entre los 13 y los 18 años)¹⁵. Si atendemos a la prevalencia por edades, según el análisis de sentencias llevado a cabo en 2021 por *Save the Children*¹⁶, un 44,7 % de los abusos se producen entre los 13 y los 16 años, aunque la edad media en la que comienzan a sufrir abusos es muy temprana, a los 11 años y medio, siendo la mayoría, niñas: en el 78,9 % de los casos analizados las víctimas son niñas y adolescentes. El mismo estudio detectó también diferencias de género por tramos de edad.

1.2. La victimización secundaria en el abuso sexual infantil

La victimización sexual no es la única experiencia potencialmente traumática a la que se enfrentan los NNA abusados sexualmente. La literatura científica ha puesto de manifiesto que la participación en el proceso judicial es también una experiencia estresante que se suma a la afectación psicológica que supone ser víctima de abuso sexual en la infancia¹⁷. Las víctimas esperan encontrar apoyo y protección en el sistema de justicia, pero a menudo no son debidamente informadas u olvidan que el objetivo principal del proceso penal no es ese, sino enjuiciar la comisión de unos hechos y declarar o no la culpabilidad del sujeto, descuidando, el sistema, las necesidades derivadas de la situación de vulnerabilidad¹⁸.

En ese contexto, la víctima se convierte en un mero instrumento probatorio. Cuando no existen indicios físicos u objetivos, el tribunal dispone de dos elementos para valorar la credibilidad de los hechos denunciados: el testimonio del menor y el posible daño psíquico asociado¹⁹. De ahí que, en muchas ocasiones, el contacto de la víctima con el proceso se traduzca en una nueva revictimización, debido a actitudes, conductas o prácticas inadecuadas por parte de los profesionales²⁰, en lo que se conoce como «victimización secundaria».

La victimización secundaria ocurre cuando la víctima de un delito siente que ha sido sometida a un trato inadecuado, insensible o inapropiado, así como a actitudes, comportamientos, respuestas y/o prácticas por parte del sistema de justicia penal o de otros actores sociales, lo que agrava su trauma original²¹. GEKOSKI y colaboradores identifican como evidencias de victimización secundaria en el sistema de justicia penal la percepción de no recibir el apoyo adecuado ni la familiarización necesaria antes del juicio, el largo tiempo de espera hasta su

¹⁵ PINEDA/MURIS/MARTÍNEZ-MARTÍNEZ/PIQUERAS, «Prevalence of child sexual abuse in Spain: A survey study», *European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, vol. 15 (2), 2023, pp. 83-88.

¹⁶ SAVE THE CHILDREN, *Los abusos sexuales hacia la infancia en España*, 2021.

¹⁷ PARSONS/BERGIN, «The impact of criminal justice involvement on victims' mental health. *Journal of Traumatic Stress*», vol. 23 (2), 2010, pp. 1-7.

¹⁸ NEWBERGER, «Prosecution: A problematic approach to child abuse», *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 2 (1), 1987, pp. 112-117.

¹⁹ MUÑOZ/GONZÁLEZ-GUERRERO/SOTOCÁ/ TEROL/GONZÁLEZ/MANZANERO, «La entrevista forense: obtención del indicio cognitivo en menores presuntas víctimas de abuso sexual infantil», *Papeles del Psicólogo*, vol. 37 (3), 2016, pp. 205-216.

²⁰ GUTHEIL/BURSZTAJN/BRODSKY/STRASBURGER, «Preventing “critogenic” harms: Minimizing emotional injury from civil litigation», *The Journal of Psychiatry & Law*, vol. 28 (1), 2000, pp. 5-18.

²¹ GEKOSKI/HORVATH/DAVIDSON, «The effectiveness and impact of the child protection and criminal justice systems on victims of intrafamilial sexual abuse», *Journal of Criminological Research, Policy and Practice*, núm. 2 (1), 2016, pp. 54-66.

celebración, que hace que su estado mental empeore, y también el hecho de que las medidas especiales previstas para ayudar y proteger a las víctimas no siempre se apliquen. QUAS y GOODMAN²² destacan también como factores victimizantes, el elevado número de entrevistas que se realizan a los y las menores y la falta de apoyo por parte de cuidadores y profesionales. En el mismo sentido, BRIERE y SCOTT²³ apuntan como una de las principales disfunciones del sistema de justicia penal el hecho de que los NNA deban prestar declaración en múltiples instancias como la policía, fiscales, jueves y peritos psicológicos o trabajadores sociales. Algunos ejemplos de medidas que modularían el efecto negativo que supone el proceso penal para la víctima serían: el uso de mamparas que impidan el contacto visual víctima/ofensor, la aplicación de videoconferencia, el vaciar la sala para que la declaración del menor se practique en privado, eliminar las togas o practicar interrogatorios previos al juicio y grabados en vídeo (prueba preconstituida)²⁴. En el caso de víctimas menores de edad, se ha observado que el principal factor de victimización secundaria es la sobreexposición²⁵.

Por su complejidad operativa y funcional, el impacto negativo del proceso penal en las NNA víctimas es mayor que en el caso de víctimas adultas²⁶, ya que sus capacidades cognitivas, comunicativas y emocionales, necesarias para afrontar el proceso, están aún en pleno desarrollo madurativo²⁷. La victimización secundaria tiene como consecuencia una doble afectación. A nivel psicológico, el menor tiene que revivir el trauma en cada exploración o interrogatorio y debe declarar en un entorno poco amigable. A nivel procesal, el estado emocional negativo derivado de la sobreexposición impacta en su capacidad de recuerdo y, en consecuencia, en la calidad del testimonio que ofrece²⁸. Ello redundará en un riesgo elevado de falta o fallos de memoria, ausencia de control sobre el proceso, relatos poco robustos, contradictorios o confusos, dubitación y, en general, afectación sobre el recuerdo y la calidad del testimonio²⁹. Por todo ello es especialmente importante el despliegue de medidas legales y estrategias de acompañamiento a las víctimas menores de edad, ya sea desde entornos que garantizan un espacio amigable para la exploración y evaluación de las víctimas como el modelo Barnahus, al que más adelante aludiremos, ya sea mediante programas que buscan preparar para el juicio mediante una estrategia preventiva sencilla basada en el principio de habituación, es decir, exponerse de forma repetida a un estímulo para disminuir la intensidad de la respuesta al mismo³⁰. En este caso, se familiariza al

²² QUAS/GOODMAN, «Consequences of criminal court involvement for child victims», *Psychology, Public Policy, and Law*, vol. 18 (3), 2012, pp. 392-414.

²³ BRIERE/SCOTT, *Principles of trauma therapy: A guide to symptoms, evaluation and treatment*, 2ª ed., SAGE Publications, 2014.

²⁴ GEKOSKI/HORVATH/DAVIDSON, «The effectiveness and impact of the child protection and criminal justice systems on victims of intrafamilial sexual abuse», pp. 54-66.

²⁵ GONZÁLEZ/MUÑOZ/SOTOCÁ/MANZANERO, «Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables», *Papeles del Psicólogo*, vol. 34 (3), 2013, pp. 227-237.

²⁶ SEMPÉR, «La protección de la víctima menor de edad y la victimización secundaria», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, vol. 13, 2020, pp. 874-897.

²⁷ NATHANSON/SAYWITZ, «Preparing children for court: Effects of a model court education program on children's anticipatory anxiety», *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 33 (4), 2015, pp. 459-475.

²⁸ SAYWITZ/NATHANSON, «Children's testimony and their perceptions of stress in and out of the courtroom», *Child Abuse & Neglect*, vol. 17 (5), 1993, pp. 613-622.

²⁹ QUAS/GOODMAN, «Consequences of criminal court involvement for child victims», pp. 392-414.

³⁰ RANKIN ET AL., «Habituation revisited: An updated and revised description of the behavioral characteristics of habituation», *Neurobiology of Learning and Memory*, vol. 92 (2), 2009, pp. 135-138.

menor con el entorno judicial para lograr reducir su respuesta de ansiedad a ese entorno y mejorar sus habilidades para prestar declaración y mejorar el funcionamiento procesal³¹.

1.3. Reformas legales en España para abordar el riesgo de la victimización secundaria

La progresiva sensibilización social sobre lo que supone para una víctima de violencia sexual activar y transitar por un proceso judicial se ha traducido en la promulgación de leyes y estrategias que tienen como objetivo la prevención de la victimización secundaria. En España, y como resultado de la transposición de directivas europeas, la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del delito regula el conjunto de derechos de las víctimas del delito y prevé medidas de protección procesal para evitar o, cuanto menos, reducir la victimización secundaria, especialmente cuando se trata de menores de edad. Evitar el contacto directo entre el infractor y la víctima, racionalizar y reducir las exploraciones y declaraciones con la víctima a lo estrictamente necesario o permitir que la víctima sea acompañada por una persona de su elección, son algunos ejemplos son algunos de los avances previstos en la Ley.

De forma más concreta y aplicada a los menores de edad, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y adolescencia contra la violencia (en adelante, LOPIVI)³², trata de garantizar los derechos fundamentales de los NNA y su protección integral. En la esfera del proceso penal, la LOPIVI incluye como medida más novedosa la obligatoriedad de practicar siempre prueba preconstituida cuando la víctima/testigo sea menor de 14 años o sea una persona con discapacidad necesitada de especial protección. Si bien es cierto que, en determinados supuestos, venía admitiéndose esta prueba en la práctica de nuestros tribunales de justicia³³, no es hasta la entrada en vigor de la LOPIVI que se materializa, por primera vez en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 449 bis y 449 ter), la preconstitución de la prueba de la declaración testifical, fijando la propia ley los requisitos necesarios para su validez³⁴. Con la regulación de esta medida se pretende, por un lado, evitar que la víctima tenga que explicar varias veces los hechos acontecidos ante diversos profesionales, declarando lo antes posible, y solo una vez, ante el juez de instrucción en beneficio de la calidad del relato³⁵; y por otro lado, eludir la victimización secundaria de las víctimas especialmente vulnerables, como es el caso de los niños,

³¹ ANDREU/PEREDA BELTRÁN, «Revisión sistemática de los programas de preparación al juicio para niños, niñas y adolescentes víctimas», *Anuario de Psicología Jurídica*, núm. 33, 2023, pp. 115-123.

³² BOE-A-2021-9347 Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Fecha de consulta: 5 de diciembre de 2024.

³³ Destacamos las SSTC 141/2001, de 18 de junio (ECLI:ES:TC:2001:141), f.j. 4º; 97/1999, de 31 de mayo (ECLI:ES:TC:1999:97), f.j. 5º; y 303/1993, de 25 de octubre (ECLI:ES:TC:1993:303), f.j. 3º. En la misma línea se pronuncian el Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales así, por ejemplo: STS (Sala Penal, Sección 1ª) 788/2010, de 22 de septiembre (ECLI:ES:TS:2010:788), f.j. 4º; SAP Madrid (Sección 27ª) 350/2021, de 1 de julio (ECLI:ES:APM:2021:12279), f.j. 2º; y la SAP Vizcaya (Sección 6ª) 34/2020, 29 de junio (ECLI:ES:APBI:2020:34), f.j. 3º.

³⁴ Se realiza un estudio exhaustivo de estos preceptos y de sus requisitos en CASANOVA MARTÍ, «Aplicabilidad práctica de la prueba preconstituida: especial atención al contexto Barnahus», en *Propuestas para la protección jurídica y social de la infancia y de las mujeres víctimas de violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 231-268.

³⁵ SUBIJANA/ECHEBURÚA, «Los Menores Víctimas de Abuso Sexual en el Proceso Judicial: el Control de la Victimización Secundaria y las Garantías Jurídicas de los Acusados», *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 28, Núm. 1, 2018, pp. 22-27.

niñas y adolescentes o personas con discapacidad necesitadas de apoyo³⁶, teniendo en cuenta que la principal prueba en el abuso sexual infantil es la declaración de la víctima.

La particularidad de la nueva regulación es que no se limita a prever la posibilidad que el juez instructor recurra a la prueba preconstituida, sino que la convierte en obligatoria cuando se trate de personas menores de 14 años o con discapacidad necesitadas de especial protección. Concretamente, esta obligación se introduce tanto en el procedimiento ordinario –indicando que «la autoridad judicial acordará, en todo caso, practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida» (art. 449 ter LECrim)– como en el procedimiento abreviado –señalando literalmente que «la autoridad judicial debe practicar prueba preconstituida» (art. 777.3 LECrim)– sin necesidad de motivar su decisión³⁷. Asimismo, la LOPIVI introduce, en su disposición final vigésima, el mandato legislativo de presentar, en el plazo de un año desde su entrada en vigor, un proyecto de ley dirigido a la especialización de la justicia en violencia contra la infancia y la adolescencia³⁸. Con la reciente Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia³⁹, se da cumplimiento al mandato inicialmente adoptado en la LOPIVI, pues se modifican entre otras la LOPJ y la LECrim. En concreto, el art. 89 bis LOPJ prevé la creación, en los nuevos Tribunales de Instancia, de una sección de violencia contra la infancia y adolescencia. Siendo esto así, la nueva redacción del art. 14 de la LECrim otorga la competencia para la instrucción de los procesos para exigir la responsabilidad penal de determinados delitos a las secciones de violencia contra la infancia y adolescencia de los Tribunales de Instancia en aquellos casos en los que la víctima sea menor de edad.

Por otro lado, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, tras su reforma en 2023 (en adelante, LOGILS)⁴⁰ prevé en su art. 35, en relación con la atención integral de las víctimas, que las administraciones públicas deban promover el derecho a la asistencia integral especializada y accesible, mediante la disponibilidad de una serie de servicios, entre los cuales se encuentran (35.1.d) los: «Servicios de atención especializada a niñas y niños víctimas de violencias sexuales: servicios adaptados y adecuados a sus necesidades, que

³⁶ Vid. el Preámbulo de la LO 8/2021, de 4 de julio. En esta línea lo apunta también el AAP de Barcelona (Sección 3ª), 862/2021, de 23 de septiembre, f.j. 2º: «La prueba preconstituida se convierte y se erige así, en instrumento adecuado para evitar la victimización secundaria, siendo particularmente eficaz, cuando las víctimas sean menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección».

³⁷ Precisamente en esta no necesidad de motivación se diferencia la regulación resultante de la LOPIVI de la anterior pues, como señala la STS (Sala Penal, Sección 1ª), 107/2022, de 10 de febrero (ES:TS:2022:448): «Antes de esta reforma el tribunal debía motivar debidamente esta denegación, bien en base a informes periciales u otras razones objetivables que acrediten el perjuicio al menor de acudir de nuevo a declarar sobre hechos graves. Ante ello, lo que la LO 8/2021 de 4 de Junio lleva a cabo es objetivizar de forma imperativa que cuando se trate de menores de 14 años la declaración de estos se hará siempre mediante la reproducción en juicio de la grabación de la prueba preconstituida. En el presente caso, tratándose de un menor de 6 años de edad proceder como se actuó fue correcto sin que ello merme el derecho de defensa, como se ha venido admitiendo hasta la LO 8/2021, de 4 de Junio».

³⁸ Ello se prevé también en la Estrategia de Erradicación de la Violencia contra la Infancia y la Adolescencia. Vid. <https://observatoriodelainfancia.mdsocialesa2030.gob.es/productos/pdf/EstrategiaErradicacionViolenciaContraInfanciaACCESIBILIDAD.pdf>, fecha de consulta: 5 de diciembre de 2024. Véase también el plan piloto en Canarias. Vid.: *Abre en Canarias el primer Juzgado de Violencia contra la Infancia de España*: Abre en Canarias el primer Juzgado de Violencia contra la Infancia de España | CGPJ | Poder Judicial | Tribunales Superiores de Justicia | TSJ Canarias | Oficina de Comunicación | Archivo de notas de prensa. Fecha de consulta 5 de diciembre de 2024.

³⁹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2025-76>, fecha de consulta 22 de enero de 2025.

⁴⁰ BOE-A-2022-14630 Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Fecha de consulta 3 de diciembre de 2024.

proveen asistencia psicológica, educativa y jurídica, y que se constituyen en el lugar de referencia para las víctimas, al que se desplaza el conjunto de profesionales intervinientes en los procesos asistenciales y judiciales». Se respalda, en estos términos, la implementación en España del modelo Barnahus como centro para la atención integral de los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual.

En síntesis, a nivel normativo el ordenamiento jurídico se ha dotado de medidas para ofrecer una mejor protección a los NNA que acuden como víctimas al sistema de justicia penal.

1.4. El modelo Barnahus y la protección de la infancia víctima durante el proceso penal

El modelo Barnahus se presenta como una respuesta eficaz para la atención integral a niñas y niños que han sido víctimas o testigos del abuso sexual y otras formas de violencia. Desde su creación en Islandia en 1998, el modelo ha sido implementado en los países nórdicos de Europa y, en esta última década, ha comenzado su expansión por el continente⁴¹. El objetivo de Barnahus es garantizar la protección y el bienestar de las niñas y niños víctimas, evitando su victimización secundaria durante las investigaciones y los procedimientos judiciales⁴². En este sentido, Barnahus tiene un papel muy importante en la recopilación y presentación de las pruebas, al fomentar que el testimonio de la víctima pueda obtenerse de forma adaptada a su edad y nivel de desarrollo, sin necesidad de comparecer frente al tribunal durante el proceso penal contra el presunto agresor.

A grandes rasgos, el modelo pretende la consecución de tres objetivos clave. El primero de ellos, reducir el número de entrevistas y evaluaciones a las que se somete a la víctima, mediante la mejora de la coordinación entre profesionales en equipos multidisciplinares evitando la reiteración de exploraciones. El segundo, llevar a cabo las intervenciones en entornos amigables, evitando que las víctimas y sus familias tengan que desplazarse entre diferentes instituciones, y ello de acuerdo con el principio de «una sola puerta» o «bajo un mismo techo». Finalmente, el modelo pretende garantizar una formación especializada para todos los profesionales involucrados en la evaluación de menores víctimas de violencia.

La evidencia científica constituye el fundamento desde el que se despliega Barnahus. Evaluar sus efectos en la protección, el bienestar y el acceso a la justicia de las víctimas es esencial para garantizar la eficacia de la intervención. Hasta la fecha la mayoría de las investigaciones se han centrado en la implementación del modelo y en la formación y adaptación de los profesionales, pero el volumen de estudios existentes sobre el modelo Barnahus sigue siendo limitado, especialmente en comparación con la investigación sobre los *Children's Advocacy Centers* (CAC), su precedente en Estados Unidos desde 1985. En efecto, las evaluaciones existentes sobre los CAC han proporcionado información valiosa sobre el potencial del modelo en el sistema de justicia penal, demostrando que su funcionamiento impacta en diversos indicadores como el aumento de las tasas de procesamiento judicial, la reducción en los tiempos de investigación y la

⁴¹ GREIJER/WENKE, «Barnahus: A European Journey. Mapping study on multidisciplinary and interagency child-friendly justice models responding to violence against children in Council of Europe member states», Council of Europe, 2023.

⁴² JOHANSSON/STEFANSEN/BAKKETEIG/KALDAL, *Collaborating Against Child Abuse: Exploring the Nordic Barnahus Model*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2017; y JOHANSSON, STEFANSEN, BAKKETEIG y KALDAL, *Justice and recovery for victimised children: Institutional tensions in Nordic and European Barnahus models.*: Palgrave Macmillan, Switzerland, 2024.

disminución del trauma sistémico en las víctimas infantiles⁴³. MILLER y RUBIN⁴⁴ encontraron que las tasas de enjuiciamiento por delitos graves de violencia sexual aumentaron significativamente en los distritos donde operaban los CAC. Bradford⁴⁵ halló que la transición a un modelo CAC en Alabama duplicó las imputaciones penales y triplicó las tasas de condena. Además, se ha asociado a los CAC con una resolución más rápida de los casos, una mejora en la calidad de las pruebas y un aumento en las declaraciones de culpabilidad⁴⁶.

Si bien estos hallazgos son prometedores, sigue siendo crucial recopilar datos similares sobre los efectos de la implementación de Barnahus en Europa, algo que hasta la fecha no había sido abordado. Por ello, tras activarse el primer proyecto piloto de Barnahus en Cataluña, siendo esta también la primera experiencia en el sur de Europa, se apreció la idoneidad de atender a esta laguna del conocimiento, dando inicio a una línea de investigación destinada a evaluar el impacto del modelo en el sistema de justicia penal y contribuir, de esta forma, a una comprensión más amplia sobre su efectividad en el contexto europeo. En efecto, la primera unidad Barnahus fue inaugurada en Tarragona en julio de 2020, bajo la dirección del gobierno catalán, con el objetivo de garantizar una intervención profesional especializada para la recuperación de las víctimas menores de edad y el apoyo a sus familias, así como para minimizar la contaminación del testimonio de la víctima en el proceso penal y garantizar las mejores condiciones para que el equipo de evaluación lleve a cabo la entrevista forense. En 2023 y 2024, el Gobierno catalán expandió el modelo con un total de 14 instalaciones en todo el territorio de Cataluña.

2. Objetivos, indicadores y metodología del estudio

2.1. Objetivos e indicadores

El objetivo de este estudio fue examinar la presencia de indicadores de victimización secundaria en procedimientos penales incoados por delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de edad y determinar si la intervención de Barnahus en los procedimientos contribuyó a reducir la presencia de algunos de estos indicadores.

Los indicadores seleccionados para el estudio fueron los siguientes:

a) *Reiteración de exploraciones*: en el estudio se computaron las exploraciones a la víctima efectuadas durante la instrucción de la causa y que requerían de su presencia y participación. Se distinguieron cuatro tipos de exploraciones por las que pasan los NNA víctimas de agresiones sexuales: exploración policial; exploración física (para determinar los daños físicos y secuelas en la víctima); exploración psicológica (para determinar el estado psicológico y emocional de las víctimas y posibles secuelas) y exploración judicial (declaración ante el Juez, Fiscal y otros

⁴³ HERBERT/BROMFIELD, «Multi-disciplinary teams responding to child abuse: Common features and assumptions», *Children and Youth Services Review*, vol. 106, 2019.

⁴⁴ MILLER/RUBIN, «The contribution of children's advocacy centers to felony prosecutions of child sexual abuse», *Child, Abuse & Neglect*, vol. 33 (1), 2009, pp. 12-18.

⁴⁵ BRADFORD, «Legal outcomes as effectiveness research of forensic interviewing at the Child Advocacy Center of East Alabama», Master Thesis, Auburn University, Auburn, AL, 2005.

⁴⁶ JOA/EDELSON, «Legal outcomes for children who have been sexually abused: The impact of child abuse assessment center evaluations», *Child Maltreatment*, vol. 9, 2004, pp. 263-276; y WALSH ET AL., «How long to prosecute child sexual abuse for a community using a children's advocacy center and comparison communities?», *Child Maltreatment*, Vol. 13, 2008, pp. 3-13.

operadores jurídicos para esclarecer los hechos denunciados). Dado que la literatura ha apuntado a estas exploraciones, y en particular, a su reiteración, como factor vinculado a la experiencia de victimización secundaria, consideramos que la puesta en funcionamiento de la unidad Barnahus podría contribuir a reducir el número de exploraciones, evitando su reiteración y garantizar su realización por profesionales capacitados y en espacios adaptados a la infancia.

b) Exploración de la víctima sin preconstitución de prueba: la prueba preconstituida comporta la grabación audiovisual de la declaración de la víctima ante el juez instructor con el fin de evitar que deba personarse en el juzgado el día del juicio oral y repetir el relato de los hechos padecidos y el impacto en su vida. Asumimos, en este sentido, que la exploración de la víctima por profesionales cualificados y su grabación con las garantías procesales necesarias para ser reproducida en juicio oral debería contribuir a reducir el número de exploraciones a la víctima, a la preservación de su testimonio y, en consecuencia, a reducir el riesgo de victimización secundaria.

c) Elaboración de un informe de credibilidad del testimonio de la víctima: cuando la prueba preconstituida sea practicada por equipos psicosociales, el órgano judicial instructor puede recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la exploración del menor (art. 449 ter LECrim). Con este informe, el perito psicólogo valora la exactitud y credibilidad del testimonio, lo que puede aumentar la confianza del juez y de los profesionales del Derecho en la declaración de la víctima menor de edad, contribuyendo a la continuación del procedimiento hasta el enjuiciamiento y sentencia del acusado.

d) Ausencia de medidas para evitar la confrontación visual durante el juicio: la celebración del juicio oral es un momento procesal importante para observar la adopción de medidas de protección destinadas a evitar la victimización secundaria a la que están expuestas las víctimas. En los casos en los que no se llevó a cabo la preconstitución de la prueba o, habiéndose practicado, la víctima fue igualmente llamada a declarar el día de la vista, el estudio aborda el cumplimiento de las previsiones del Estatuto de la víctima (Ley 4/2015, de 27 de abril) que obliga a preservar su intimidad y dignidad, especialmente cuando se les tome declaración o deban testificar presencialmente. Las medidas legalmente previstas para evitar el contacto visual que vienen usándose en los juzgados incluyen los biombos o mamparas para la separación física entre víctima y acusado, la declaración de la víctima desde un espacio en sede judicial diferente a aquel en que se está celebrando la vista, así como la declaración de la víctima desde una estancia ubicada en sede distinta a la judicial.

e) Finalización del procedimiento mediante resolución de sobreseimiento: el enjuiciamiento de los hechos puestos en conocimiento de las autoridades judiciales requiere que existan indicios racionales de criminalidad al momento de finalizar la fase de instrucción. De no ser así, procede, por parte del órgano judicial instructor, dictar auto de sobreseimiento libre (cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa; cuando el hecho no sea constitutivo de delito; o cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los investigados como autores, cómplices o encubridores -art. 637 LECrim) o provisional (cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito o cuando no haya motivos suficientes para acusar a la persona investigada -641 LECrim). En el estudio asumimos que el sobreseimiento de la causa puede estar motivado por la falta de práctica de más diligencias de investigación durante la instrucción, necesarias para reunir los indicios de criminalidad necesarios en supuestos de victimización sexual infantil. En este sentido, el

sobreseimiento puede ser percibido por la víctima como una falta de interés y de comprensión por parte del sistema, así como la impunidad del autor, lo que puede dificultar su proceso de recuperación personal.

f) *Excesiva duración del procedimiento penal*: la duración de los procedimientos afecta directamente al estado psicológico y emocional de las víctimas de tal manera que la mayor duración del procedimiento aumenta el riesgo de victimización secundaria, especialmente en víctimas menores de edad. El estudio asume que una disminución de los tiempos procesales para alcanzar una resolución tiene un impacto positivo en la recuperación de aquellas. Por ello, resulta de interés averiguar la incidencia de la implementación de Barnahus en la duración de los procedimientos.

2.2 Metodología

El estudio se desarrolló empleando metodología cuantitativa. Los datos examinados se obtuvieron de la revisión de expedientes obrantes en Fiscalía respecto de casos relativos a abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años, según la tipificación prevista en el art. 183 CP⁴⁷. Los casos fueron rastreados desde su incoación hasta su resolución por sobreseimiento o por sentencia, absolutoria o condenatoria, si bien se incluyeron también los casos en los que había concluido la fase de instrucción y se contaba con una calificación provisional del Ministerio Fiscal.

Para la recopilación de la información se creó un instrumento *ad hoc* consistente en unas plantillas para la recogida de información relativa a las siguientes cuestiones: a) datos socio-demográficos sobre la víctima y el agresor, información relativa al delito y a las diversas fases del procedimiento; b) información sobre casos sobreseídos; c) información sobre casos calificados provisionalmente por el Ministerio Fiscal; d) información sobre la sentencia; e) información relativa a la intervención de Barnahus en el caso.

Se examinaron todos los procedimientos penales incoados en los juzgados adscritos a la Fiscalía provincial de Tarragona y los adscritos a la Fiscalía provincial de Lleida. El periodo temporal que abarca el estudio alcanza todos los procedimientos incoados en el periodo comprendido entre 2018 y 2022.

Para el análisis de los datos se crearon grupos de control basados en criterios temporales y territoriales. A nivel temporal, se computaron los datos relativos a expedientes incoados antes y después de la implementación de Barnahus (julio de 2020). En este sentido, se identificaron como expedientes pre-Barnahus los incoados en el período comprendido entre enero de 2018 y julio de 2020, y, como expedientes post-Barnahus, los incoados a partir de agosto de 2020 y hasta diciembre de 2022. A nivel territorial, los datos se analizaron según que los expedientes pertenecieran a los juzgados de Tarragona en los que se inició el piloto de Barnahus o bien a los juzgados en los que, al tiempo de desarrollar la investigación, no estaba todavía operativa Barnahus, es decir, los correspondientes a Terres de l'Ebre y Lleida.

⁴⁷ Puesto que todos los expedientes analizados habían sido incoados entre 2018 y 2022, las disposiciones de la LO 10/2022 de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, no estaban todavía en vigor, y por lo tanto a lo largo del estudio se mantuvo la terminología relativa a los delitos de abuso y de agresión sexual.

La recogida de información se inició en febrero de 2023, una vez suscrito el Convenio de colaboración entre la Universidad y la Fiscalía General del Estado, y finalizó durante la primera semana de febrero de 2024.

La información recopilada fue completamente anonimizada, asignando a cada expediente un nuevo identificador distinto al del procedimiento judicial, y sin que se recopilaran datos relativos al agresor, la víctima o los profesionales involucrados en los procedimientos. La investigación fue aprobada por el Comité ético de la Universitat Rovira i Virgili en fecha 2 de mayo de 2023 con el Código CEIPSA-2022-PR-0024.

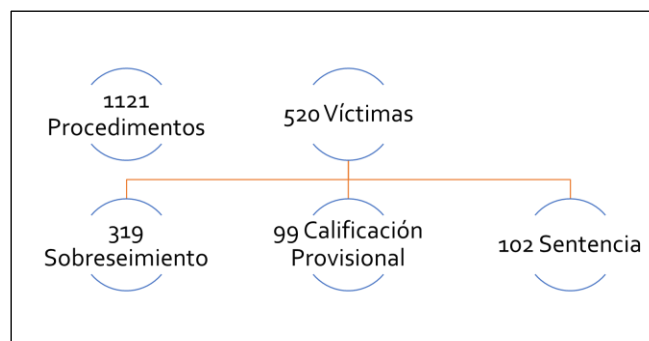
La explotación estadística de los datos se efectuó a través de STATA y SPSS. Se utilizaron estadísticas descriptivas para explorar las variables del estudio. Los datos cualitativos se expresaron en frecuencias y porcentajes, mientras que los datos cuantitativos se presentaron como medias y desviaciones estándar. Para el análisis de las variables se emplearon los siguientes métodos: se utilizó la prueba de chi-cuadrado de Pearson para la comparación entre variables cualitativas; la prueba t de Student o las pruebas ANOVA para la comparación de dos o tres medias independientes, respectivamente; y se realizaron análisis de regresión logística simple para determinar la asociación entre variables categóricas. Los resultados se informan como razones de probabilidad (OR) e intervalos de confianza del 95% (IC 95%). El nivel de significación se estableció en $<0,05$. Los análisis se realizaron utilizando el software estadístico Stata, versión 15.1 (Stata Corp, College Station, TX, USA).

3. Muestra

La cantidad de procedimientos inicialmente identificados por delitos de abuso y agresión sexual a menores en los Juzgados adscritos a la Fiscalía de Tarragona y de Lleida fue de 1.121. De estos casos, se excluyeron aquellos que fueron inhibidos a juzgados situados fuera del territorio examinado y también aquellos que no cumplían los parámetros del estudio, por ser los ofensores menores de edad o por referirse a delitos de distinta naturaleza ($n=528$). Además, se excluyeron también los procedimientos que estaban todavía en una fase inicial de la investigación y respecto de los que no constaba siquiera una calificación provisional del Ministerio Fiscal ($n=109$) lo que impedía analizar un posible impacto de Barnahus en el procedimiento. En consecuencia, el número total de procedimientos examinados fue de 484. Dado que algunos de estos procedimientos afectaban a más de una víctima, y siendo la figura de la víctima y su riesgo de revictimización el centro de esta investigación, los análisis se efectuaron respecto del total de 520 víctimas identificadas, que constituyen la muestra final de este estudio.

En lo que atañe a la fase procesal en la que se hallaban los procedimientos judiciales para estas 520 víctimas, hasta 319 casos (61,3%) habían sido sobreseídos, 99 (19%) habían concluido la fase de instrucción y contaban con una calificación provisional del Ministerio Público y 102 (19,7%) habían sido sentenciados.

Gráfico I. Muestra



4. Resultados

4.1. Víctimas, ofensores e intervención de Barnahus

Atendiendo a la muestra, se constató que el 84.7% de las víctimas eran niñas frente al 15.3% de niños; tenían entre 1,8 y 16 años en el momento de comisión de los hechos y la media aritmética de la edad en el primer episodio delictivo era de 11,6 años. Al distribuir la muestra en cuatro franjas de edad correspondientes a la primera infancia (víctimas menores de 6 años), etapa de escolarización primaria (de 6 a 11 años), etapa de inicio de pubertad (de 12 a 13 años) y de adolescencia (de 14 a 16 años) se observó que el mayor número de víctimas se situaba entre los 14 y 16 años (33.7%), aunque en una ratio similar a las que se ubicaban entre los 6 a 11 años (31.3%). Hasta un 83.2% de las víctimas tenían nacionalidad española y un 76,5% eran de origen español. Se detectó que un 6,3% de las víctimas padecía alguna discapacidad, predominando los casos de discapacidad intelectual (84,8%) frente a los de discapacidad física o aquellos en los que concurrían ambas formas de discapacidad.

Tabla I. Víctimas

Niñas	84,7%
<6 años	11,1%
6-11 años	31,3%
12-13 años	23,9%
14-16 años	33,7%
Nacionalidad española	83,2%
Discapacidad	6,3%

En segundo lugar, en lo que respecta a los ofensores, un 97,9% de los casos fueron perpetrados por un único ofensor. Respecto de los ofensores principales, un 98% eran hombres y solamente el 2% mujeres. En el momento de comisión de los hechos las edades de los ofensores se hallaban entre los 18 y 94 años, situándose la mayoría entre los 30 y 49 años (44%) y entre los 18 y 29 años (35%). Contaba con nacionalidad española el 66,8% de los ofensores y era de origen español el 61,4%. Se detectó una discapacidad en un 3,5% de los ofensores, siendo mayoritaria la discapacidad intelectual.

Tabla II. Ofensores

Hombres	98%
18-29 años	35%
30-49 años	44%
50-64 años	12,8%
>65 años	8,1%
Nacionalidad española	66,8%
Discapacidad	3,5%

Atendiendo a la relación entre ofensor y víctima, según que estos fueran familiares, conocidos o desconocidos, se constató que la más frecuente era la de familiares (52,1%), superando a la de conocidos (36,3%) y desconocidos (11,3%). Entre los familiares, los roles que figuraban más frecuentemente como ofensores eran el padre de la víctima (33,5%) y la pareja de la madre (25,5%). Dentro de la categoría de “conocidos” (n=113), la mayoría de los ofensores pertenecían al círculo de amigos de la familia, vecinos, conocidos de vista, compañeros de piso, etc.

Se constató que los hechos delictivos se cometieron mayoritariamente en el domicilio de la víctima (36,7%), así como también en el domicilio del autor (26,2%), en la vía pública (18,1%) y en otros lugares (13,9%) tales como un ascensor, un coche o un camping. Hasta un 5,5% de los casos se cometieron en el ámbito institucional (hospital, centro religioso, escuela) y también en un 5,5% de casos los hechos se cometieron en más de un lugar.

Finalmente, en solamente 59 de los procedimientos examinados se obtuvo información relativa a la participación de Barnahus, concretándose su efectiva intervención en 33 víctimas. Dado que en el periodo en el que estaba activa Barnahus se incoaron en la Fiscalía de Tarragona diligencias respecto de 171 víctimas, las 33 víctimas atendidas en Barnahus suponen un 19,3% de los casos. El escaso número de víctimas detectadas atendidas en Barnahus responde a la falta de directrices claras para la coordinación entre el juzgado y la unidad durante sus primeros años de funcionamiento en lo que atañe a los casos que debían ser atendidos en Barnahus. En este sentido, no todos los casos que llegaron a conocimiento del sistema penal fueron remitidos a Barnahus, y del mismo modo, es posible que algunos casos atendidos en Barnahus no llegaran a ser puestos en conocimiento de Fiscalía. Respecto de las víctimas que constaba que fueron asistidas en Barnahus, 27 eran niñas y 6 niños, de edades comprendidas entre los 2,9 y 15,5 años, y con respecto a su nacionalidad, 24 españolas y 6 extranjeras. Se observó también que la mayoría de las víctimas fueron atendidas en Barnahus durante el proceso penal (61,5%) y que en menor proporción se las atendió antes del procedimiento judicial (38,5%).

4.2. Exploraciones a las víctimas

Del total de víctimas que integran el estudio, la información relativa a las exploraciones a las que se las sometió pudo recopilarse únicamente respecto de 224 víctimas. Dado que la fuente de información fueron los expedientes judiciales, la exploración más frecuentemente detectada fue la judicial (81,7%), seguida de la exploración psicológica (74,1%), siendo la menos frecuente la exploración en sede policial (46%) y la exploración física (28,6%).

En lo que respecta a los lugares donde se efectuaron las exploraciones, se constató que aquellas se practicaron en el lugar en el que habitualmente operan los profesionales responsables, de

modo que fue la víctima quien se dirigió a las instalaciones pertinentes. Así, las exploraciones policiales se llevaron a cabo en comisaría, las físicas en el hospital, las psicológicas en las dependencias del equipo de asesoramiento técnico penal, y las judiciales, en el juzgado de instrucción.

En cuanto al número de exploraciones a las que se sometió a las víctimas, solamente un 12,5% pasaron por los cuatro tipos de exploración mencionados, siendo que habitualmente las víctimas eran sometidas a una (22,8%), dos (36,6%) o tres (28,1%) exploraciones distintas.

Es relevante constatar que en el caso de los procedimientos sobreseídos (n=319) solamente respecto de un 16,3% constaba la realización de algún tipo de exploración a la víctima.

Otro dato revelador fue la detección de reiteraciones en la exploración de algunas víctimas, de modo que el NNA era sometido a dos o más exploraciones por parte del mismo perfil profesional. Así, por ejemplo, en uno de los casos analizados, la víctima fue sometida a exploración psicológica en cuatro ocasiones distintas. Otras 16 víctimas pasaron por dos exploraciones psicológicas, seis de las cuales en el territorio y durante el periodo en que estaba ya operativa Barnahus. Estas reiteraciones se detectaron también en sede policial, de tal forma que hasta ocho víctimas efectuaron dos declaraciones en sede policial, cuatro de las cuales en tiempo y territorio en el que estaba operativa Barnahus. Igualmente, cinco víctimas pasaron por más de una exploración física, aunque solo una de ellas en el período y territorio Barnahus. Respecto de la exploración judicial, se detectó una víctima a la que se sometió a tres exploraciones judiciales, y otras ocho víctimas que fueron sometidas a dos exploraciones judiciales, dos de las cuales en período y territorio Barnahus.

Estos datos evidencian duplicidades y reiteraciones en las exploraciones a las niñas y niños víctimas, que exigieron a estos menores y a sus familiares no ofensores un periplo por ubicaciones distintas, el contacto con profesionales no necesariamente especializados en el trato con la infancia víctima, y la reiterada narración de los episodios sufridos.

4.3. Prueba preconstituida

En el 75% de los 183 casos en los que se realizó exploración judicial se constató la existencia de prueba preconstituida (n=138), ya se hubiera efectuado en la primera toma de declaración a la víctima ante el juez (94,2%), ya fuera en una segunda o ulterior exploración judicial (7,8%).

En relación con esta cuestión, se analizó la relación entre la decisión de no sobreseer el procedimiento y una mejor exploración a la víctima mediante la práctica de prueba preconstituida. Se constató que solo un 11,6% de los casos que contaban con prueba preconstituida fueron sobreseídos, mientras que la tasa se elevó al 76,8% cuando no se contaba con esta prueba ($p<0,001$). Cuando se excluyeron del análisis los procedimientos cuya resolución de sobreseimiento se dictó el mismo día de la incoación, presumiéndose en tal caso que la exploración no se habría efectuado, los resultados obtenidos fueron prácticamente idénticos (83,6% vs 16,4%, respectivamente) ($p<0,001$).

En lo que respecta a la reproducción de la prueba preconstituida en fase de juicio oral, partimos de la constatación que, del total de casos que integran la muestra, se había celebrado juicio en 104 casos. Se excluyeron, no obstante, los supuestos de juicio por conformidad (n=37) en los que el acusado se conforma con la pena más grave solicitada por el Ministerio Fiscal y/o la acusación

particular, sin que llegue a celebrarse acto de juicio oral ni a practicarse la prueba (ni declaración de la víctima, ni la reproducción de la prueba preconstituida). De las 57 víctimas respecto de las que pudo obtenerse la información relativa a si debieron declarar durante el juicio oral o si se aceptó la reproducción de la grabación de la prueba preconstituida, en un 43,9% se optó por la reproducción de la prueba, y en un 42,1% la víctima fue llamada a declarar, detectándose además que en un 14% de los procedimientos se decidió reproducir la prueba preconstituida y hacer declarar a la víctima.

Se detectó además que hasta siete víctimas para las que se disponía de prueba preconstituida fueron llamadas a declarar sin que la grabación se reprodujera durante el juicio oral. Entre los motivos esgrimidos en el escrito judicial para tomar esta decisión se aludió a la mayoría de edad de la víctima en el momento de celebración del juicio, a los errores en la grabación de la prueba preconstituida, así como también a la solicitud del Ministerio Fiscal.

Interesante a los efectos de este estudio fue la constatación de que cuando la víctima era llamada a declarar en el juicio oral, el resultado de la sentencia era en un 65,6% de los casos de condena y en un 34,4% de absolución, mientras que cuando la víctima no fue llamada a declarar, la tasa de condena ascendió al 75% y la de absolución bajó al 25%. Además, atendiendo a los casos en que se había reproducido la prueba preconstituida en el juicio, se observó que la tasa de condena era del 54,8% cuando la víctima no era llamada a declarar en juicio oral y del 16,1% cuando sí lo hacía. A pesar de que no se reveló significación estadística en estas diferencias ($p=0,540$), los resultados reforzarían el interés por evitar la declaración de la víctima en la vista oral.

4.4. Informe de credibilidad

La existencia de un informe sobre la credibilidad del testimonio de la víctima se detectó en 123 de las 166 víctimas que habían pasado por la exploración psicológica. El contenido de dicho informe concluía en un 80,5% de los casos que la declaración de la víctima era creíble, mientras que en un 8,1% consideraba que no lo era. En el 9,8% de los casos los profesionales concluyeron que no era posible valorar la credibilidad de la víctima por motivos diversos, entre los cuales, considerar que los menores de edad no prestaban un relato completo, influidos por su escasa edad y el tiempo de espera a ser entrevistados; considerar que el testimonio era válido, pero confuso, ambiguo y generalista; o incluso dejar constancia de la negativa de la víctima menor de cuatro años a dejar a la madre para ir con los profesionales.

Se exploró la eventual relación entre la valoración de la credibilidad del testimonio y la decisión de no sobreseer, constatándose que la existencia de un informe de valoración pericial sobre la credibilidad del testimonio prestado por la víctima se relacionaba con una menor tasa de procedimientos acabados en sobreseimiento: un 83.7% de los casos que no contaban con este tipo de informe finalizaron con un sobreseimiento, frente a un 16.3% de casos en los que sí se había valorado ($p<0,001$). El contenido del informe admitiendo la credibilidad del relato de la víctima determinaba también la menor tasa de sobreseimiento (93,9% vs. 58,3%) ($p<0,001$). Sin embargo, no se detectó que la existencia de un informe de credibilidad ni su sentido tuvieran influencia significativa en el sentido de la sentencia.

4.5. Adopción de medidas para evitar la confrontación visual durante el juicio

De los 104 casos en los que se celebró juicio, 32 víctimas fueron llamadas a declarar a juicio oral. Solamente en relación con poco más de la mitad de estas víctimas (56,3%) consta que se adoptaran medidas para evitar la confrontación visual con el acusado durante el juicio. Destaca el uso de mamparas como la medida más utilizada para evitar la confrontación con el acusado (66,7%), con diferencia respecto de otras medidas en las que se permitió a las víctimas declarar desde otra sala o incluso desde dependencias no judiciales (16.7% y 11.1%, respectivamente).

4.6. Sobreseimiento

La tasa de sobreseimiento detectada en el estudio alcanza el 61,3% de los casos analizados. Los principales motivos alegados en las resoluciones para concluir el procedimiento con un sobreseimiento fueron la falta de pruebas (por falta de indicios, falta de credibilidad de la víctima o no colaboración de ésta) (63,3%); la imposibilidad de conocer la identidad del autor (10,7%), y la imposibilidad de someter a la persona investigada al procedimiento (por defunción, demencia sobrevenida, parador desconocido del ofensor o rebeldía) (10,3%). Otras motivaciones diversas incluían la prescripción del delito, la apreciación de la atipicidad de los hechos, la concurrencia de la cláusula de exención de responsabilidad del art. 183,4 CP, el error de tipo, e, incluso, esperar que la víctima se hallara en condiciones de poder declarar (15%).

Los análisis efectuados permitieron detectar que el sobreseimiento del caso guardaba relación con algunas variables sociodemográficas de la víctima y el ofensor. En cuanto a la víctima, se observó que ni el sexo, ni la nacionalidad o el origen de ésta influyeron en el dictado del sobreseimiento, pero sí resultó ser relevante su edad. Al respecto, la tasa de sobreseimiento ascendía al 68% en los casos que implicaban a víctimas menores de seis años, mientras que descendía al 37,5% cuando aquellas superaban esta edad ($p<0,001$). No se obtuvieron diferencias significativas cuando a la variable sexo se añadió la relativa a la edad de la víctima, por lo que el dictado de sobreseimiento fue invariablemente superior cuando las víctimas eran menores de seis años, con independencia de que fueran niñas o niños. Respecto del agresor, los datos apuntan a una mayor tendencia al sobreseimiento en el caso de mujeres acusadas que en el caso de hombres (87,5% versus 54%) ($p=0,059$). Al tomar como variable la relación existente entre víctima y ofensor, se observó una mayor probabilidad de sobreseimiento cuando existía una relación familiar entre ellos: la tasa de sobreseimiento era del 66,4% en casos de abusos intrafamiliares y del 33,6% en los no familiares ($p<0,001$).

Por otro lado, se exploró si la implantación de Barnahus en el territorio de Tarragona a partir de julio de 2020 había influido en la tasa de sobreseimientos. Aun cuando los resultados mostraron una leve menor tasa de sobreseimientos en Tarragona (60,4%) que en los territorios sin Barnahus (62,9%) ($p=0,578$), se observó un incremento en la tasa de sobreseimientos en el territorio de Tarragona en el periodo de operatividad de Barnahus (56,9%) respecto del periodo previo (43,1%) ($p=0,049$). Con todo, se constató también una menor ratio de sobreseimientos motivados por falta de prueba en Tarragona (56,3%) que en el resto de los territorios sin Barnahus (74,6%) ($p=0,001$).

Un dato especialmente relevante a los efectos de este estudio fue la obtención de tasas de sobreseimiento notablemente inferiores cuando se constató la intervención de Barnahus. A pesar del tamaño limitado de la muestra ($n=33$), pudo observarse que el 63,6% de los casos en los que

intervino Barnahus superaron la fase de instrucción sin ser sobreseídos, mientras que cuando no intervino Barnahus solamente el 42,6% continuaron con la tramitación, siendo tal diferencia estadísticamente significativa ($p=0,019$).

4.7. Duración del procedimiento

El examen de la duración de los procedimientos incoados tuvo como finalidad comprobar una tendencia hacia una reducción de los plazos temporales. Para este análisis se calculó la duración media de cada uno de los procedimientos examinados, tomando como referencia de inicio la fecha de incoación del procedimiento y, como fecha de finalización, la relativa a la resolución por sentencia o por sobreseimiento.

Los resultados apuntan, en primer lugar, a una reducción paulatina y significativa de la duración media de los procedimientos finalizados con una sentencia. En el territorio de Tarragona, la duración media del procedimiento pasó de una media de 2,98 años en el período pre-Barnahus, a una media de 1,27 años en el período post-Barnahus ($p<0,001$). En el territorio del grupo de control (Lleida y Terres de l'Ebre), la duración del procedimiento disminuyó de 2,5 años en el periodo pre-Barnahus a 2,16 años en el periodo post-Barnahus, sin que la diferencia fuera, en este caso, estadísticamente significativa ($p=0,349$).

Teniendo en cuenta la propia naturaleza longitudinal del estudio y el posible sesgo en el resultado derivado del menor tiempo transcurrido en el periodo post-Barnahus, se procedió a realizar un segundo análisis mediante una ANOVA, que tomó como parámetro el tiempo máximo transcurrido entre la incoación y la sentencia en el periodo post-Barnahus (2,06 años). Este análisis reveló que el tiempo medio transcurrido en el periodo pre-Barnahus era de 1,62 años, y que disminuía a 1,27 años en el periodo post-Barnahus. Sin ser esta diferencia estadísticamente significativa ($p=0,113$), sí informaba de una tendencia a una reducción del tiempo empleado para alcanzar el veredicto en el periodo post-Barnahus.

En segundo lugar, la comparación de la duración de los procedimientos en supuestos de sobreseimiento reveló también una tendencia a la reducción del tiempo transcurrido desde su incoación, que pasó de 0,84 años en el periodo pre-Barnahus a 0,58 años en el periodo post-Barnahus ($p=0,015$). Cuando a estos análisis se incorporó la variable relativa al territorio, según se tratara de territorio Barnahus (Tarragona) o territorio no Barnahus (Lleida y Terres de l'Ebre), se observó una reducción general de la duración del procedimiento (de 0.83 a 0.61 años en el territorio Barnahus, y de 0.86 a 0.53 años en territorio no Barnahus), sin que tales diferencias fueran, sin embargo, estadísticamente significativas.

En tercer lugar, muy relevante a los efectos de este estudio, se constató la disminución en los tiempos procesales entre la incoación y el dictado de sentencia en aquellos procedimientos que contaron con la efectiva intervención de Barnahus. Los resultados muestran una duración media de 2,63 años en los procedimientos en los que no intervino Barnahus, que se redujo hasta 1,52 años cuando sí lo hizo, siendo la diferencia estadísticamente significativa ($p=0,023$). Cuando los procedimientos finalizaron con un sobreseimiento, se observó una mayor duración en los casos en que intervino Barnahus que cuando no lo hizo (1,05 años vs. 0,76 años), no siendo tales resultados estadísticamente significativos ($p=0,298$).

A mayor abundamiento, en los procedimientos concluidos con una sentencia, no se hallaron diferencias significativas en cuanto a la duración del procedimiento, según que ésta se alcanzara tras la celebración de juicio oral o en sentencia de conformidad. Tampoco según si la sentencia fuera condenatoria o absolutoria, si bien sí se observó que la duración media del procedimiento era superior en el caso de las sentencias absolutorias (3,52 años en territorio Barnahus y 2,78 en territorio no Barnahus) que en las condenatorias (2,46 en territorio Barnahus y 2,18 en territorio no Barnahus) ($p=0,163$). Asimismo, los análisis efectuados mostraron que los casos atendidos en Barnahus y que llegaron a juicio y sentencia recibieron en su totalidad una sentencia condenatoria.

5. Discusión

La realización de este estudio ha permitido constatar algunos progresos relevantes en la intervención del sistema de justicia penal en aras a evitar el riesgo de victimización secundaria en las niñas y niños víctimas de abuso y agresión sexual durante la substanciación del proceso penal.

Las características de la muestra analizada coinciden con las que revela la literatura especializada en el sentido de detectar una mayor incidencia en la victimización de niñas y la perpetración de estas conductas por hombres, mayoritariamente del entorno familiar y conocidos de las víctimas⁴⁸.

Los resultados obtenidos en el análisis de expedientes procesales incoados durante cinco años (2018-2022) por delitos de abuso y agresión sexual de adultos a víctimas menores de dieciséis años muestran avances en la protección de la infancia. Dado el periodo temporal que abarca el estudio, algunos de los cambios detectados han venido impulsados por reformas legales, como la LO 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual. Además, la comparación efectuada entre territorios, según que en ellos se hubiera iniciado o no la implementación del modelo Barnahus durante el marco temporal de referencia, permite atribuir también algunos de los avances detectados al efecto del nuevo modelo de atención y protección a las niñas y niños víctimas de delitos sexuales que impulsa Barnahus. A partir de los resultados alcanzados puede señalarse que, la implementación de la primera unidad Barnahus en Cataluña actuó como efectivo estímulo para que los profesionales del sistema penal adoptaran cambios operativos relevantes en beneficio de las víctimas y sus familiares no ofensores.

En este sentido, el estudio ha permitido detectar transformaciones en tres indicadores muy relevantes a efectos de identificar un mejor trato a las víctimas en el proceso penal.

En primer lugar, se ha puesto de manifiesto una reducción en la duración de los procedimientos, especialmente relevante en el caso de Tarragona, donde los tiempos procesales disminuyeron a más de la mitad de su duración en los casos que alcanzaron sentencia, pasando de una duración media de prácticamente tres años en el periodo pre-Barnahus, a una duración de un año y medio en el periodo post-Barnahus. Asimismo, y muy relevante a los efectos de este estudio, se ha

⁴⁸ RADFORD ET AL., *Child Abuse and Neglect in the United Kingdom Today*, National Society for the Prevention of Cruelty to Children, London, 2011.

observado una reducción de la duración del procedimiento cuando consta que la víctima fue asistida en Barnahus. Este es un resultado fundamental, ya que la literatura internacional ha evidenciado que una dilación excesiva de los procesos se configura, en sí misma, como una evidencia de victimización secundaria⁴⁹. La detección de tiempos procesales más dilatados en el caso de las sentencias absolutorias apuntaría a la idea de que una instrucción más larga no necesariamente revertiría en la obtención de pruebas incriminatorias, lo que vendría a subrayar la necesidad de velar, especialmente en el caso de niñas y niños víctimas, por ajustar los tiempos procesales y evitar cualquier dilación innecesaria.

En segundo lugar, el estudio ha permitido observar la influencia positiva de la práctica consistente en elaborar un informe de credibilidad de la víctima a los efectos de garantizar la continuidad del procedimiento y lograr una mayor ratio de procedimientos enjuiciados y sentenciados y una menor tasa de sobreseimientos. En este sentido, se detectó que cuando el contenido del informe era favorable a dar credibilidad al relato de la víctima, incrementaba la probabilidad de sentencia. Por el contrario, cuando las circunstancias del caso dificultaron o impidieron la valoración de la credibilidad del testimonio resultó ser más habitual que el procedimiento finalizara con una resolución de sobreseimiento sin entrar a valorar otros indicios o evidencias, lo que, en particular, en supuestos de violencia intrafamiliar o perpetrada por conocidos, mantendría a la víctima en una situación de riesgo de revictimización.

Los resultados obtenidos permiten valorar positivamente la elaboración de un informe psicosocial elaborado por el equipo que ha practicado la audiencia del menor, en tanto constituye un elemento de calidad probatoria que favorece la continuidad del procedimiento y reconoce el esfuerzo de la víctima al prestar su testimonio. No obstante, este informe en ningún caso es vinculante para el órgano judicial que dictará sentencia tras su propia valoración de la prueba, como recogen las SSTS 894/2024, de 24 de octubre (ECLI:ES:TS:2024:5254), y 313/2025, 2 de abril (ECLI:ES:TS:2025:1475), en las que se establece que «el juicio de credibilidad o de fiabilidad de lo narrado por el testigo le corresponde realizarlo, en exclusiva, al tribunal y que la información pericial constituye, solo, un instrumento auxiliar de valoración del conjunto de las informaciones probatorias disponibles». Ello se refleja en los datos de este estudio, que muestran que, si bien la existencia del informe influye positivamente en evitar el sobreseimiento, no necesariamente conduce a una sentencia condenatoria.

En tercer lugar, y en similar sentido, la práctica de la prueba preconstituida se ha revelado como un mecanismo adecuado para garantizar la continuación del proceso penal. La mayoría de los procedimientos en los que, en la fase de instrucción, se grabó la declaración de la víctima con las garantías de la prueba preconstituida, pasaron a fase de enjuiciamiento y finalizaron con sentencia. Ello puede vincularse a una mejor calidad de la exploración que se realiza a la víctima menor de edad, lo que explicaría no solamente la relación con la continuación del enjuiciamiento, sino también la mayor ratio de sentencias condenatorias.

En efecto, el estudio ha puesto de manifiesto que cuando la víctima declaraba en juicio oral, la tasa de condena era inferior que cuando lo hacía a través de la reproducción de la prueba preconstituida. Este resultado apoyaría la tesis según la cual evitar la declaración de la víctima en la vista oral, no solamente reduciría los costes de su participación en términos de

⁴⁹ GEKOSKI/HORVATH/DAVIDSON, «The effectiveness and impact of the child protection and criminal justice systems on victims of intrafamilial sexual abuse», pp. 54-66.

victimización secundaria, sino que además tendría beneficios procesales al incrementar la probabilidad de condena. La explicación de este resultado podría venir determinada por el hecho de que cuando la víctima declara en el juicio oral generalmente ha transcurrido un largo plazo, lo que afecta a la calidad del relato de los hechos y al riesgo de lagunas de memoria y contradicciones que el tribunal valora negativamente. Tampoco contribuye a mejorar el relato el hecho que la declaración se efectúe en un entorno tan poco amigable ni adaptado a la víctima menor de edad como es una sala de vistas. Este resultado justificaría la puesta en práctica del modelo Barnahus y la implementación generalizada de la prueba preconstituida, practicada de forma rigurosa y ante todos los profesionales.

Finalmente, y en este mismo sentido, la efectiva intervención de los profesionales de Barnahus en el caso concreto examinado tuvo efectos relevantes tanto en términos de reducción de las tasas de sobreseimiento, como en una efectiva reducción de la duración del procedimiento cuando este llegó a enjuiciamiento y sentencia, lo que permite una primera valoración positiva de la intervención del servicio en el apoyo a las víctimas durante el proceso penal a los efectos de reducir el riesgo de victimización secundaria.

No obstante, a pesar de estos resultados positivos, el estudio revela la persistencia de diversos factores vinculados al funcionamiento del sistema penal que dificultan el proceso de recuperación personal de los NNA víctimas de violencia sexual, generando una experiencia revictimizadora durante y después del contacto con los profesionales y los procesos penales.

En este sentido, y en consonancia con los resultados obtenidos en otros estudios internacionales⁵⁰, el estudio evidencia que la mayor parte de los NNA víctimas fueron sometidos a diversas exploraciones, efectuadas por profesionales diversos y en espacios distintos, y que, además, en no pocas ocasiones, dichas exploraciones fueron reiteradas, con el potencial impacto negativo en las víctimas y sus acompañantes, que debieron desplazarse a ubicaciones distintas, en espacios desconocidos, altamente formalizados y no adaptados a su edad ni a su situación emocional. En el caso de la reiteración de exploraciones por profesionales diversos, la repetición de las preguntas pudo exponer a la víctima a una vivencia continuada de los abusos sufridos. La constatación, durante la revisión de los expedientes judiciales, que diversas víctimas tuvieron que repetir su declaración, incluso en el ámbito territorial y temporal en el que estaba ya operativa Barnahus, constituye una muestra de la escasa atención que ha venido dispensándose a los NNA que han sufrido abusos y agresiones sexuales así como una clara descoordinación entre los profesionales que atienden a estas víctimas.

Además, se detectó una cantidad relevante de procedimientos que concluyeron con una resolución de sobreseimiento sin que se hubiera efectuado una previa exploración a la víctima, lo que constituiría, en el tiempo del estudio, una práctica bastante normalizada. Cabe hipotetizar si esta práctica, más allá de constituir una vulneración del derecho de las víctimas a ser escuchadas y a participar en el proceso, podría también explicarse por la propia negativa del menor a declarar o, incluso, como una estrategia judicial para proteger transitoriamente al NNA de los efectos de la victimización secundaria, a la espera de que en un momento posterior pudieran aportarse nuevos elementos incriminatorios.

⁵⁰ QUAS/GOODMAN, «Consequences of criminal court involvement for child victims», *Psychology, Public Policy, and Law*, vol. 18 (3), 2012, pp. 392-414.

En segundo lugar, se observó que una cuarta parte de las víctimas declararon ante el juez instructor sin que se preconstituyera la prueba, lo que implica que, de llegar el procedimiento a juicio oral, la víctima debería someterse de nuevo al interrogatorio. Es más, entre los casos en los que sí se grabó la declaración judicial a efectos de prueba preconstituida, se detectaron diversos supuestos en que se procedió igualmente a llamar a la víctima a declarar en el juicio oral, en ocasiones por la necesidad de repetir la exploración por problemas técnicos ocurridos en el día de la grabación. A efectos de victimización secundaria, estas circunstancias pudieron influir tanto en una menor calidad del testimonio prestado por la víctima en esta ulterior exploración, como en su proceso de recuperación personal.

Respecto de aquellos casos en los que la víctima menor de edad participó en el juicio oral, el estudio ha puesto de relieve un uso limitado de las medidas de protección que pueden adoptarse durante su celebración. En este sentido, una parte relevante de las víctimas debieron declarar ante el tribunal durante el juicio oral, aun contándose con una grabación de la declaración en fase de instrucción tomada con las garantías de la prueba preconstituida. Además, algunos de los menores que tuvieron que declarar en juicio lo hicieron sin que constara la adopción de ningún tipo de medida para evitar la confrontación visual con su ofensor. La imposición de reiterar la narración y de revivir de esta forma la experiencia del abuso en un entorno tan poco amable como es una sala de juicio, incluso contando con una mampara a modo de separación física de su abusador, constituye una práctica perjudicial para las víctimas menores de edad que interfiere en su proceso de recuperación personal y que, a partir de los resultados obtenidos, no parece ser relevante para determinar la responsabilidad penal del acusado.

En tercer lugar, el estudio de los casos sobreseídos ha revelado algunas cuestiones importantes. Se mantiene, en este sentido, una tasa particularmente alta de sobreseimientos, que alcanza a más del 60% de los casos de violencia sexual que afecta a niñas u niños. Tomando en consideración que la literatura ha reconocido que el volumen de casos que llegan a conocimiento del sistema de justicia penal es ínfimo en relación con la realidad del fenómeno, resulta poco tranquilizador en términos de prevención del delito, de lucha contra la impunidad y de reparación a las víctimas, que menos de un 40% de los procedimientos superen la fase de instrucción. Se detectó asimismo que la falta de pruebas constituye el principal motivo de sobreseimiento, ya sea por inexistencia de indicios que corroboren la realización del hecho delictivo o por la falta de credibilidad de la víctima. Este resultado se reveló con mayor intensidad en el caso de la infancia en la primera edad, con tasas de sobreseimiento especialmente elevadas, lo que se ha de atribuir a una mayor dificultad por parte de los equipos técnicos para explorar a la víctima y obtener un testimonio válido, cuando no existan otras evidencias. Sin duda, este resultado confirma la necesidad de formación y especialización entre los profesionales de la psicología forense pero también del ámbito judicial, para que en caso de sospecha o revelación se pueda conducir una exploración adaptada a la edad de las víctimas, que pueda ser empleada como prueba preconstituida. Ello deviene clave para garantizar el enjuiciamiento y evitar la conclusión de estos procedimientos con un sobreseimiento o con una sentencia absolutoria por falta de pruebas. En esta línea, se dirige la disposición adicional Sexta de la LO 1/2025 que requiere una formación especializada en materia de violencia contra niñas, niños y adolescentes destinada al personal jurisdiccional, suplentes, sustitutos, Fiscales y profesionales de los equipos de asesoramiento técnico penal.

Finalmente, respecto de la duración de los procedimientos es relevante destacar que este continúa siendo un importante factor de victimización secundaria para las niñas y niños

víctimas. La reducción detectada en el periodo posterior a la implantación de Barnahus supone un importante avance, pero incluso habiéndose reducido el tiempo, estamos ante procedimientos que alcanzan casi los dos años de duración, tiempo que puede afectar gravemente a la estabilidad emocional de la víctima, además de incidir en la calidad de las pruebas presentadas y los testimonios resultando un factor clave en la resolución final del proceso. La mayor duración de los procedimientos concluidos con una resolución de sobreseimiento cuando se contó con la intervención de Barnahus podría responder a una exploración más pormenorizada de las víctimas durante la instrucción de la causa.

6. Conclusiones

El estudio efectuado ha permitido constatar que la implementación de Barnahus y los cambios legales para la protección de la infancia contribuyen a mejorar los resultados vinculados a determinados indicadores de victimización secundaria en procedimientos penales por victimización sexual infantil. En particular, se ha observado una reducción en la duración de los procedimientos y mejoras vinculadas a la práctica de la prueba preconstituida y a la elaboración del informe de credibilidad de la víctima.

Sin embargo, el análisis ha puesto de relieve la persistencia de factores revictimizadores, durante el funcionamiento del proyecto piloto de Barnahus, como la realización de múltiples exploraciones a las víctimas en lugares diferentes, por profesionales diversos y de forma reiterada; el elevado número de sobreseimientos dictados por un insuficiente esfuerzo investigador durante la instrucción; la falta de preconstitución de prueba que obliga a la víctima a participar activamente en el juicio oral, sin que se adopten siempre las medidas necesarias para evitar la confrontación visual con el acusado; y la todavía excesiva duración de los procedimientos, que deviene más flagrante, cuando estos finalizan con una sentencia absolutoria por falta de credibilidad de la víctima. Todos estos indicadores constituyen un importante obstáculo en el camino hacia la reducción del riesgo de victimización secundaria que el proceso genera en las víctimas y sus familias.

Estos resultados permiten formular diversas propuestas encaminadas a minimizar el riesgo revictimizador y reducir los tiempos procesales. En primer lugar, respecto a las múltiples exploraciones detectadas, resulta indispensable mejorar la coordinación en la intervención de los diversos sectores profesionales, en la línea de lo que constituye la propia esencia del modelo Barnahus. En este sentido, la progresiva implantación de este modelo en los diversos territorios en Cataluña y en el conjunto de España debe garantizar que todas las víctimas menores de edad sean exclusivamente exploradas en un espacio adaptado a su edad, por profesionales formados y vinculados a Barnahus.

En segundo lugar, es importante que todas las víctimas sean escuchadas durante la fase de instrucción y ello con la finalidad de reducir el número de casos en los que se resuelve a través de un auto de sobreseimiento. En otras palabras, que en ningún caso pueda sobreseerse un procedimiento sin antes explorar a la víctima.

En tercer lugar, respecto a los casos con víctimas menores de seis años es crucial contar con profesionales específicamente capacitados para intervenir en la exploración y la elaboración del informe de credibilidad, de forma que contribuyan a mejorar la calidad del relato de la víctima o

incluso, detectar en su comportamiento y expresiones indicios sólidos que acrediten la compatibilidad con el padecimiento del delito sufrido.

En cuarto lugar, debe tenderse a convertir en excepcional la participación de las víctimas menores de edad en el juicio oral, incluso para aquellas que superen la edad de catorce años, y ello mediante la reproducción en la vista de la prueba preconstituida. Cuando, durante el procedimiento, la víctima haya alcanzado la mayoría de edad y se estimara necesaria su declaración durante el acto del juicio oral, sería interesante que ésta se efectuara también desde Barnahus o un espacio adaptado, y siempre acompañada de profesionales especializados. A fin de evitar las reiteraciones de exploraciones con motivo de errores técnicos, resulta indispensable la actualización de los sistemas y dispositivos informáticos utilizados en los órganos judiciales, aplicando un protocolo que contemple la comprobación previa del funcionamiento de los aparatos.

Si bien, afortunadamente, algunas de estas medidas se hallan ya legalmente previstas en la nueva LO 1/2025, que contempla, entre otras medidas, la tramitación preferente de los procedimientos en los que estén involucrados menores de edad, la formación especializada en materia de violencia contra NNA para los profesionales del sistema de justicia penal, y la creación de secciones de violencia contra la infancia y la adolescencia en los tribunales de instancia para la instrucción de los procedimientos con víctimas menores de edad, resulta inaplazable la efectiva aplicación de todas estas medidas para evitar que continúen vulnerándose los derechos de las víctimas y para garantizar que la justicia penal cumpla con su cometido social.

7. Limitaciones del estudio

El trabajo presenta algunas limitaciones vinculadas tanto al diseño de la metodología como a los resultados alcanzados. La adscripción al contenido del art. 183 CP como criterio para la identificación y trazabilidad de los expedientes, comportó que en el estudio se examinaran solamente una parte de los procedimientos por violencia sexual a menores -los relativos a abuso y agresión sexual- excluyendo otras tipologías delictivas importantes, como la pornografía y la prostitución infantil y la victimización sexual online. Asimismo, quedaron fuera del estudio las víctimas menores de edad de entre 16 y 18 años y también los casos de victimización sexual infantil perpetrada por menores de edad.

Por otro lado, el acceso a las carpetas físicas que contenían la información fue frecuentemente complejo. A menudo la información consignada en las carpetas era muy escasa, en particular, en expedientes finalizados con una resolución de sobreseimiento, lo que dificultó completar la información relativa a todos los indicadores de interés, condicionando los análisis y los resultados alcanzados.

Asimismo, el periodo temporal de cinco años que abarca el estudio comprendió únicamente los dos primeros años de operatividad de la unidad Barnahus de Tarragona, en un momento en el que el servicio estaba en una fase muy inicial, lo que explicaría que únicamente respecto de 33 víctimas se encontraran referencias a la intervención de Barnahus. Esta muestra tan reducida ha condicionado los análisis y los resultados de la investigación. No obstante, la metodología empleada en el estudio debería poder ser replicada en un futuro con una muestra más amplia de casos, siendo que en Tarragona el volumen de casos atendidos desde Barnahus ha incrementado

exponencialmente desde su implementación, y que la creación de nuevos centros Barnahus en todo el territorio de Catalunya permitirían contar también con una muestra más amplia.

8. Bibliografía

ANDREU, Laura, y PEREDA BELTRÁN, Noemí, «Revisión sistemática de los programas de preparación al juicio para niños, niñas y adolescentes víctimas», *Anuario de Psicología Jurídica*, núm. 33, 2023, pp. 115-123.

BRADFORD, Angela, «Legal outcomes as effectiveness research of forensic interviewing at the Child Advocacy Center of East Alabama», Master Thesis, Auburn University, Auburn, AL, 2005.

BRIERE, John y SCOTT, Catherin, *Principles of trauma therapy: A guide to symptoms, evaluation and treatment*, 2ª ed., SAGE Publications, 2014.

CASANOVA MARTÍ, Roser, «Aplicabilidad práctica de la prueba preconstituida: especial atención al contexto Barnahus», en *Propuestas para la protección jurídica y social de la infancia y de las mujeres víctimas de violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 231-268.

FINKELHOR, David, SHATTUCK, Anne, TURNER, Heather y HAMBY, Sherry, «The lifetime prevalence of child sexual abuse and sexual assault assessed in late adolescence», *Journal of Adolescent Health*, núm. 55 (3), 2014, pp. 329-333. <http://doi.org/10.1016/j.jadohealth.2013.12.026>

GEKOSKI, Anna, HORVATH, Miranda y DAVIDSON, Julia, «The effectiveness and impact of the child protection and criminal justice systems on victims of intrafamilial sexual abuse», *Journal of Criminological Research, Policy and Practice*, núm. 2 (1), 2016, pp. 54-66.

GONZÁLEZ, José Luís, MUÑOZ, José Manuel, SOTOCÁ, Andrés, y MANZANERO, Antonio, «Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables», *Papeles del Psicólogo*, vol. 34 (3), 2013, pp. 227-237.

GREIJER, Susanna y WENKE, Daja, «Barnahus: A European Journey. Mapping study on multidisciplinary and interagency child-friendly justice models responding to violence against children in Council of Europe member states», Council of Europe, 2023.

GUTHEIL, Thomas, BURSZTAJN, Harold, BRODSKY, Archy, y STRASBURGER, Larry, «Preventing “critogenic” harms: Minimizing emotional injury from civil litigation», *The Journal of Psychiatry & Law*, vol. 28 (1), 2000, pp. 5-18. <https://doi.org/10.1177%2F009318530002800102>

HAILES, Helen, YU, Rongqin, DANESI, Andrea, y FAZEL, Seena, «Long-term outcomes of childhood sexual abuse: An umbrella review», *Lancet Psychiatry*, vol. 6 (10), 2019, pp. 830-839. [https://doi.org/10.1016/S2215-0366\(19\)30286-X](https://doi.org/10.1016/S2215-0366(19)30286-X)

HÉBERT, Martine, LANGEVIN, Rachel, y OUSSAÏD, Essaid, «Cumulative childhood trauma, emotion regulation, dissociation, and behavior problems in school-aged sexual abuse victims», *Journal of Affective Disorders*, vol. 225, 2018, pp. 306-312. <https://doi.org/10.1016/j.jad.2017.08.044>

HERBERT, James Leslie, y BROMFIELD, Leah, «Multi-disciplinary teams responding to child abuse: Common features and assumptions», *Children and Youth Services Review*, vol. 106, 2019.

INDIAS GARCÍA, Sílvia, y DE PAÚL OCHOTORENA, Joaquín, «Lifetime victimization among Spanish adolescents». *Psicothema*, vol. 29 (3), 2017, pp. 378-383.

JÁTIVA, Raquel, y CEREZO, Ángeles, «The mediating role of self-compassion in the relationship between victimization and psychological maladjustment in a sample of adolescents», *Child Abuse & Neglect*, vol. 38 (7), 2014, pp. 1180-1190.

JOA, Debbie, y EDELSON, Meredyth, «Legal outcomes for children who have been sexually abused: The impact of child abuse assessment center evaluations», *Child Maltreatment*, vol. 9, 2004, pp. 263-276.

JOHANSSON, Susanna, STEFANSEN, Kari, BAKKETEIG, Elisive y KALDAL, Anna, *Collaborating Against Child Abuse: Exploring the Nordic Barnahus Model*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2017. <https://doi.org/10.1007/978-3-319-58388-4>

JOHANSSON, Susanna, STEFANSEN, Kari, BAKKETEIG, Elisive y KALDAL, Anna, *Justice and recovery for victimised children: Institutional tensions in Nordic and European Barnahus models.*: Palgrave Macmillan, Switzerland, 2024. <https://doi.org/10.1007/978-3-031-53233-7>

LEWIS, Terri, McELROY, Erika, HARLAAR, Nicole, y RUNYAN, Desmond, «Does the impact of child sexual abuse differ from maltreated but non-sexually abused children? A prospective examination of the impact of child sexual abuse on internalizing and externalizing behavior problems», *Child Abuse & Neglect*, vol. 51, 2016, pp. 31-40. <https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2015.11.016>

LÓPEZ, Félix, CARPINTERO, Eugenio, HERNÁNDEZ, Amparo, MARTÍN, María Jesús, y FUERTES, Antonio, «Prevalencia y consecuencias del abuso sexual al menor en España», *Child Abuse & Neglect*, vol. 19 (9), 1995, pp. 1039-1050. [https://doi.org/10.1016/0145-2134\(95\)00066-H](https://doi.org/10.1016/0145-2134(95)00066-H)

MACMILLAN, Harriet, «Child abuse: A community problem», *Canadian Medical Association Journal*, vol. 158, 1998, pp. 1301-1302.

MANIGLIO, Roberto, «The impact of child sexual abuse on health: A systematic review of reviews. *Clinical Psychology Review*, vol. 29 (7), 2009, pp. 647-657.

MILLER, Aaron y RUBIN, David, «The contribution of children's advocacy centers to felony prosecutions of child sexual abuse», *Child, Abuse & Neglect*, vol. 33 (1), 2009, pp. 12-18.

MUÑOZ, José, GONZÁLEZ-GUERRERO, Laura, SOTOCA, Andrés, TEROL, Odette, GONZÁLEZ, José y MANZANERO, Antonio, «La entrevista forense: obtención del indicio cognitivo en menores presuntas víctimas de abuso sexual infantil», *Papeles del Psicólogo*, vol. 37 (3), 2016, pp. 205-216.

NATHANSON, Rebecca, y SAYWITZ, Karen, «Preparing children for court: Effects of a model court education program on children's anticipatory anxiety», *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 33 (4), 2015, pp. 459-475.

NEWBERGER, Eli, «Prosecution: A problematic approach to child abuse», *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 2 (1), 1987, pp. 112-117. <https://doi.org/10.1177%2F088626087002001009>

NG, Qin Xiang, YONG, Bob Zheng Jie, HO, Collin Yin Xian, LIM, Donovan Yutong, y YEO, Wee Song, «Early life sexual abuse is associated with increased suicide attempts: An updated meta-analysis», *Journal of Psychiatric Research*, vol. 99, 2018, pp. 129-141. <https://doi.org/10.1016/j.jpsychires.2018.02.001>

PAPALIA, Nina, LUEBBERS, Stefan, OGLOFF, James, CUTAJAR, Margaret, y MULLEN, Paul, «The long-term co-occurrence of psychiatric illness and behavioral problems following child sexual abuse», *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry*, vol. 51 (6), 2017, pp. 604-613. <https://doi.org/10.1177/0004867416667232>

PARSONS, Jim, y BERGIN, Tiffanie., «The impact of criminal justice involvement on victims' mental health. *Journal of Traumatic Stress*», vol. 23 (2), 2010, pp. 1-7. <https://doi.org/10.1002/jts.20505>

PEREDA, Noemí, y FORNS, María, «Prevalencia y características del abuso sexual infantil en estudiantes universitarios españoles», *Child Abuse & Neglect*, vol. 31, 2007, pp. 417-426.

PEREDA, Noemí, ABAD, Judit, y GUILERA, Georgina, «Lifetime prevalence and characteristics of child sexual victimization in a community sample of Spanish adolescents», *Journal of Child Sexual Abuse*, vol. 25 (2), 2016, pp. 142-158.

PINEDA, David, MURIS, Peter, MARTÍNEZ-MARTÍNEZ, Ana, y PIQUERAS, José, «Prevalence of child sexual abuse in Spain: A survey study», *European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, vol. 15 (2), 2023, pp. 83-88. <https://doi.org/10.5093/ejpalc2023a9>

QUAS, Jodi, y GOODMAN, Gail, «Consequences of criminal court involvement for child victims», *Psychology, Public Policy, and Law*, vol. 18 (3), 2012, pp. 392-414.

RADFORD, Lorraine, et al., *Child Abuse and Neglect in the United Kingdom Today*, National Society for the Prevention of Cruelty to Children, London, 2011.

RANKIN, Catharine, ABRAMS, Thomas, BARRY, Robert, BHATNAGAR, Seema, CLAYTON, David, COLOMBO, John, COPPOLA, Gianluca, GEYER, Mark, GLANZMAN, David, MARSLAND, Stephen, MCSWEENEY, Frances, WILSON, Donald, WU, Chun-Fang, y THOMPSON, Richard, «Habituation revisited: An updated and revised description of the behavioral characteristics of habituation», *Neurobiology of Learning and Memory*, vol. 92 (2), 2009, pp. 135-138. <https://doi.org/10.1016/j.nlm.2008.09.012>

RUEDA, Pilar, FERRAGUT, Marta, CEREZO, Victoria, y ORTIZ-TALLO, Margarita, «Child sexual abuse in Mexican women: Type of experience, age, perpetrator, and disclosure», *International Journal of Environmental Research and Public Health*, vol. 18 (13), 2021, p. 6931. <https://doi.org/10.3390/ijerph18136931>

SAVE THE CHILDREN, *Ojos que no quieren ver: Los abusos sexuales a niños y niñas en España y los fallos del sistema*, 2017.

SAVE THE CHILDREN, *Los abusos sexuales hacia la infancia en España*, 2021.

SAYWITZ, Karen, y NATHANSON, Rebecca, «Children's testimony and their perceptions of stress in and out of the courtroom», *Child Abuse & Neglect*, vol. 17 (5), 1993, pp. 613-622.

SEMPERE, Silvia, «La protección de la víctima menor de edad y la victimización secundaria», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, vol. 13, 2020, pp. 874-897.

STOLTENBORGH, Marije, VAN IJZENDOORN, Marinus, EUSER, Eveline, y BAKERMANS-KRANENBURG, Marian, «A global perspective on child sexual abuse: Meta-analysis of prevalence around the world», *Child Maltreatment*, vol. 16 (2), 2011, pp. 79-101.
<https://doi.org/10.1177/1077559511403920>

SUBIJANA, Ignacio José y ECHEBURÚA, Enrique, «Los Menores Víctimas de Abuso Sexual en el Proceso Judicial: el Control de la Victimización Secundaria y las Garantías Jurídicas de los Acusados», *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 28, Núm. 1, 2018, pp. 22-27.

TONMYR, Lil y SHIELDS, Margot, «Childhood sexual abuse and substance abuse: A gender paradox?», *Child Abuse & Neglect*, Vol. 63, 2017, pp. 284-294.

WALSH, Wendy, LIPPERT, Tonya, CROSS, Theodor, MAURICE, Danielle y DAVISON, Karen, «How long to prosecute child sexual abuse for a community using a children's advocacy center and comparison communities?», *Child Maltreatment*, Vol. 13, 2008, pp. 3-13.

Breve historia del cine carcelario popular

Sumario

-

Durante más de 125 años, el cine carcelario ha proporcionado una de las pocas ventanas a través de las cuales la sociedad ha podido observar una versión de lo que ocurre dentro de la prisión. Lejos de ser un mero entretenimiento, este género se posiciona como un actor privilegiado que opera como un espacio de disputa simbólica, donde se construyen y confrontan discursos sobre la criminalidad, la justicia y el castigo. A partir de un análisis histórico situado dentro del marco conceptual de la criminología visual, este artículo rastrea la evolución de la vertiente popular y occidental del género desde sus primeras representaciones en el cine mudo hasta su consolidación en la actual era dorada de las series de televisión, prestando especial atención al contexto sociopolítico en el que estas obras emergen y a su relación simbiótica con la sociedad y la cultura. Dada la posición hegemónica de la industria cinematográfica estadounidense, el análisis se centra principalmente en la evolución del género en Hollywood y, por ende, en el contexto sociopolítico de Estados Unidos. A lo largo del estudio, se examinan los tropos recurrentes del cine carcelario – motines, guardias sádicos, la representación de personajes femeninos, etc. – y su hibridación con otros géneros, tales como el cine negro, la ciencia ficción y el drama social. En última instancia, este trabajo subraya cómo la estructura arquetípica y simplificada sobre la que se ha construido el cine carcelario popular fomenta una comprensión sesgada y unidimensional sobre la realidad del castigo por parte del público general.

Abstract

-

For over 125 years, prison cinema has served as one of the few windows through which society can glimpse a version of what occurs behind prison walls. Far from mere entertainment, prison cinema operates as a privileged site of symbolic contestation where narratives about criminality, justice, and punishment are both constructed and contested. Drawing on a historical analysis framed within the conceptual lens of visual criminology, this article traces the evolution of the western and popular side of the genre from its earliest representations in silent film to its consolidation in the current golden age of television series. Special attention is given to the sociopolitical contexts in which these works emerge and to their symbiotic relationship with society and culture. Given the hegemonic position of the U.S. film industry, the analysis focuses primarily on the genre's development in Hollywood and, consequently, on the sociopolitical context of the United States. Throughout the study, recurring tropes of prison cinema – such as riots, sadistic guards, and the depiction of female characters – are examined, along with their hybridization with other genres, including film noir, science fiction, and social drama. Ultimately, this article highlights how the archetypal and simplified structure on which popular prison cinema is built promotes a skewed and one-dimensional understanding of the reality of punishment among the general public.

Title: A brief history of popular prison cinema

-

Palabras clave: Cine carcelario, Criminología visual, Representación de la prisión, Hollywood.

Keywords: Prison cinema, Visual criminology, Prison representation, Hollywood.

-

DOI: 10.31009/InDret.2025.i3.12

-

3.2025

Recepción
17/02/2025

-

Aceptación
25/06/2025

-

Índice

-

- 1. Introducción*
- 2. Prisiones en silencio (... - 1929)*
- 3. La época dorada (1930s)*
- 4. Cine negro, prisioneros de guerra y mujeres entre rejas (1940s y 1950s)*
- 5. Vuelta al reformismo y nacimiento del New Hollywood (1960s)*
- 6. Ultraviolencia, Sexploitation y partidos de fútbol americano (1970s y 1980s)*
- 7. Segunda época dorada (1990s)*
- 8. Estancamiento y Cine Europeo (2000s – ...)*
- 9. Triunfo del canon: Series de televisión*
- 10. Mismo vino, diferentes rejas; una reflexión final*
- 11. Filmografía*
- 12. Bibliografía*

-

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

1. Introducción*

La prisión y sus protagonistas han ocupado un lugar central en la gran pantalla desde los inicios del séptimo arte.¹ Como han señalado diversas voces desde la criminología², las representaciones carcelarias en el cine *popular*³ han servido como una de las principales ventanas – si no la única – a través de la cual la sociedad occidental, cual *turistas carcelarios*⁴, ha podido observar las realidades del castigo. Este acceso mediado, ha permitido al público general observar una versión sobre un dominio que se ocultó entre muros tras el nacimiento de la prisión. En este sentido, el cine carcelario se configura como un actor social clave en un proceso comunicativo que expone la lógica del encierro y las complejas tensiones humanas que emergen en su interior.

A este respecto, tales representaciones no solo actúan como una mera representación de la prisión, sino que contribuyen activamente a la construcción de imaginarios colectivos⁵. En otras palabras, el cine carcelario trasciende su espacio visual al operar como una herramienta narrativa que, en distintos niveles, articula y da forma a las percepciones populares sobre la experiencia del encarcelamiento. De este modo, podría sostenerse que el cine carcelario, además de proporcionar entretenimiento, también juega un papel fundamental en los procesos de construcción simbólica que rodean al sistema penitenciario, posicionándose como un referente significativo en la configuración de opiniones públicas sobre esta realidad social. Es necesario, no obstante, matizar que ello no implica – ni presupone como condición – que el público interprete las representaciones carcelarias como reflejos fieles o exhaustivos de la realidad. En este sentido, mediante la reiteración y dada su posición privilegiada, estas imágenes pueden llegar a convertirse en puntos de referencia sobre la lógica o realidad carcelaria, en muchas ocasiones de forma inconsciente, tal como sucede con las representaciones de otras realidades sociales distantes de la experiencia inmediata⁶.

Por tanto, dada la capacidad del cine para moldear y perpetuar significados culturales entorno al sistema penitenciario, el análisis del *cine carcelario*⁷ – aquellas películas y series

*Eric Cano Cobano (e.canocobano@uu.nl).

¹ Alerta de *spoilers*.

² Véanse BENNETT/KNIGHT, *Prisoners on Prison Film*, 2021; BROWN, *The Culture of Punishment. Prison, Society, and Spectacle*, 2009; MASON, «The Screen Machine: Cinematic Representations of Prison», en MASON (ed.), *Criminal Visions: Media Representation of Crime and Justice*, Willan Publishing, 2003, pp. 323–340; RAFTER, *Shots in the Mirror. Crime Films and Society*, Oxford University Press, 2000, pp. 117–140, entre otras.

³ Por *popular*, este artículo considera factores como el rendimiento en taquilla, el reconocimiento de la crítica, los premios recibidos y la frecuencia con la que las películas aparecen en la literatura académica y en bases de datos en línea (*Imdb*, *Letterboxd*, *Rottentomatoes*, etc.). Asimismo, también se consideran obras como *populares* en función de su proyección internacional; cabe destacar que, con este reconocimiento, se pone de relieve la hegemonía cultural *hollywoodiense* y el sesgo occidental y del norte global que marcan la circulación y recepción en la industria cinematográfica global.

⁴ BROWN, *The Culture of Punishment. Prison, Society, and Spectacle*.

⁵ Este argumento puede verse desarrollado en los trabajos de BROWN, *The Culture of Punishment. Prison, Society, and Spectacle*; CRAWLEY, *Doing Prison Work: The Public and the Private Lives of Prison Officers*, 2004; HAYWARD/PRESDEE, *Framing Crime. Cultural Criminology and the Image*, 2010; MASON, «Prison decayed: Cinematic penal discourse and populism 1995–2005», *Social Semiotics*, 16, 2006, pp. 607 ss., entre otros.

⁶ CARRABINE, «Just images: Aesthetics, ethics and visual criminology», *British Journal of Criminology*, 52, 2012, pp. 463 ss.; HAYWARD/PRESDEE, *Framing Crime. Cultural Criminology and the Image*; SURETTE, «Media, Crime, and Criminal Justice», *Justice and the Media: Issues and Research*, 2010, pp. 229 ss.

⁷ Si bien el presente artículo define el *cine carcelario* como un género cinematográfico de acuerdo con la premisa de MASON, en *Criminal Visions: Media Representation of Crime and Justice*, pp. 323 ss., no pretende establecer

predominantemente ambientadas en prisión y que exploran los efectos del encarcelamiento⁸ – desde una perspectiva criminológica no solo resulta pertinente, sino imprescindible.

Ahora bien, antes de emprender un análisis crítico de cualquier película o género cinematográfico, resulta esencial comprender profundamente su contexto temporal y geográfico. Sin este fundamento, las interpretaciones corren el riesgo de convertirse en ejercicios excesivamente subjetivos, desvinculados de las condiciones sociales fundamentales que configuran dichas obras. En el caso del cine carcelario, tal como muestra este artículo, su producción, recepción y análisis están inevitablemente conectados a una compleja amalgama de factores sociales, culturales, económicos e institucionales. Estas películas no emergen únicamente de la visión aislada de sus creadores, ni pueden considerarse representaciones neutras de la realidad: en cambio, reflejan valores, opiniones, tensiones, transformaciones e intereses que trascienden lo individual y que están profundamente arraigados en discursos sociales más amplios.

A pesar de los valiosos aportes⁹ en el estudio del cine carcelario – particularmente en lo que respecta a su desarrollo histórico en momentos particulares, sus temas recurrentes o la construcción y el impacto de personajes y símbolos – persiste una notable carencia: un análisis histórico integral y socialmente fundamentado que aborde la evolución de la vertiente más popular y occidental del género desde sus inicios hasta el momento actual. Este enfoque resulta especialmente relevante dado que es el cine carcelario popular el más consumido por el público general occidental y, por ende, el que ocupa un mayor protagonismo en el entramado simbólico y cultural.

El presente artículo busca llenar este vacío ofreciendo un análisis histórico exhaustivo pero conciso sobre el desarrollo de la representación de la prisión y sus actores en pantalla, desde sus primeras y breves secuencias de fotogramas a principios del siglo XX hasta las grandes series de televisión actuales. Para ello, el estudio se apoya en una revisión rigurosa de la literatura académica al respecto y de las obras cinematográficas más icónicas, exitosas, influyentes y representativas del género en occidente y en el norte global¹⁰. Cabe destacar que, mientras que

límites rígidos o estáticos sobre qué determina o no una obra carcelaria. La definición propuesta permite agrupar diversas películas y series de televisión bajo una misma categoría, proporcionando un marco analítico comprensible y útil para su estudio; sin embargo, no es propósito de este artículo trazar fronteras definitivas ni prestar gran atención a debatir qué filmes deberían o no ser considerados parte del género dentro de las provincias limítrofes. Por el contrario, se reconoce la flexibilidad inherente a esta clasificación – como sucede en cualquier intento de clasificar corrientes y/o disciplinas artísticas – y la posibilidad de incluir aquellas obras que, aun situándose en los márgenes del género – especialmente aquellas en las que una parte considerable de la trama se desarrolla fuera de la prisión, aquellas en las que los protagonistas son menores de edad o documentales – han desempeñado un papel influyente en la evolución de la representación de la prisión en la pantalla. Del mismo modo, no se busca promover una concepción jerárquica ni basada en categorías excluyentes al hablar de géneros o subgéneros. Una vez más, estas categorías ideales funcionan como soportes lógicos y visuales que facilitan el análisis y la comprensión de los objetos de estudio, pero siempre respetando su carácter interconectado, simbiótico, fluido, y holístico.

⁸ MASON, en *Criminal Visions: Media Representation of Crime and Justice*, pp. 323 ss.

⁹ Citadas a lo largo de este artículo.

¹⁰ Para determinar la selección de las obras analizadas, además de la revisión de la literatura al respecto, se llevó a cabo un análisis de bases de datos cinematográficas online como *IMDb*, *FilmAffinity*, *Letterboxd* y *RottenTomatoes*, donde se encuentran listas y espacios dedicados a las obras más representativas e importantes del cine carcelario. Asimismo, se mantuvieron conversaciones con expertos en la materia tales como el cineasta y profesor XAVI PUEBLA, cuya perspectiva enriqueció el proceso de selección al aportar un enfoque profesional y académico sobre el género.

las películas sobre el encarcelamiento han emergido dentro de una amplia gama de tradiciones cinematográficas a nivel global, Hollywood ocupa una posición preeminente cuando se trata de obras populares a nivel internacional en el mundo occidental. Además, como señalan GRIFFITHS¹¹ y RAFTER¹², con pocas excepciones, Hollywood ha sido el principal motor en el desarrollo de técnicas, tropos y lenguaje cinematográfico que, como muestra este trabajo, siguen configurando el cine penitenciario popular a día de hoy. Así, aunque este estudio aborda brevemente algunas de las obras más influyentes de otros contextos nacionales occidentales y pertenecientes al norte global, particularmente aquellas producidas en las últimas décadas, el enfoque histórico de este artículo se concentra en el desarrollo del género dentro del ámbito cinematográfico y social estadounidense.

Por último, cabe destacar que este estudio se inscribe en las directrices y el enfoque metodológico de la *criminología visual*¹³, al situar el cine y *lo visual* en el centro del análisis criminológico con el propósito de profundizar en la comprensión de la compleja y significativa relación entre las imágenes, la delincuencia, sus formas de control y la sociedad en su conjunto.

2. Prisiones en silencio (... - 1929)

Como ocurre con cualquier corriente o tradición artística, rastrear los orígenes del cine carcelario resulta problemático, pues implica simplificaciones al intentar identificar un único punto de inicio. Los géneros rara vez emergen de manera completamente formada; más bien, se desarrollan a partir de la interacción dinámica entre innovaciones tecnológicas, transformaciones sociales, intercambios entre distintos lenguajes y disciplinas artísticas y la reinterpretación de prácticas simbólicas en diversos contextos históricos y geográficos. Este proceso ocurre de manera inadvertida hasta que, desde el privilegio de la perspectiva retroactiva – o desde alguna ambiciosa declaración de intenciones – es posible agrupar una serie de obras que, generalmente por sus similitudes formales o temáticas, adquieren coherencia bajo un marco común. En este sentido, el cine carcelario, al igual que muchos géneros, puede entenderse como un artefacto cultural en constante evolución, una categoría ideal que ha ido adaptando sus formas y definiciones a los paisajes culturales cambiantes. No obstante, para los propósitos de este trabajo, resulta necesario establecer un punto de partida.

La mayoría de los autoras y autores¹⁴ identifican *Prison Bars*¹⁵ (1901), un melodrama carcelario mudo de escasos minutos y de autor desconocido, como la primera representación

¹¹ GRIFFITHS, *Carceral Fantasies: Cinema and Prison in Early Twentieth-Century America*, Columbia University Press, 2016.

¹² RAFTER, *Shots in the Mirror, Crime Films and Society*.

¹³ Un análisis más detallado sobre esta corriente emergente puede encontrarse en WHEELDON, «The Visual Turn in Visual Criminology», en WHEELDON, Johannes (ed.), *Visual Criminology. From History and Methods to Critique and Policy Translation*, Routledge, 2022, pp. 3 ss., así como en el volumen fundacional de BROWN/CARRABINE, *Routledge International Handbook of Visual Criminology*, 2017. Para quienes busquen una aproximación en lengua española, también puede consultarse CANO COBANO, «¿Qué es la criminología visual?», *InDret*, 2, 2023, que yo mismo escribí para esta revista.

¹⁴ Como por ejemplo CECIL, «Prisons in Popular Culture», *Oxford Research Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, 2017, pp. 1 ss.; KEHRWALD, *Prison Movies. Cinema Behind Bars*, 2017; MASON, *Captured by the Media: Prison Discourse in Popular Culture*, 2006; O'SULLIVAN/WILSON, *Images of Incarceration: Representations of Prison in Film and Television Drama*, 2004, o RAFTER, *Shots in the Mirror, Crime Films and Society*.

¹⁵ Las películas y series se exponen con sus títulos originales y, solamente durante su primera aparición en este artículo, con su año de producción. Para más información sobre las obras, puede consultarse el apartado 11. *Filmografía*.

cinematográfica de la prisión. Sin embargo, GRIFFITHS¹⁶ cuestiona este consenso y ofrece una visión más matizada sobre las etapas iniciales del género. Destaca obras anteriores, por ejemplo *The Lock Step* (1899), producida por la *American Mutoscope and Biograph Company*, como una de las precursoras clave. Este cortometraje muestra la marcha de prisioneros encadenados, uno de los tropos visuales fundacionales del género. La película se veía a través del *mutoscopio*, un dispositivo de visionado individual que competía con el *kinetoscopio* de Thomas A. Edison antes de la consolidación del cine como experiencia grupal proyectada en la (gran) pantalla¹⁷.

El propio Edison contribuyó significativamente al desarrollo del cine carcelario al utilizar el medio como herramienta de promoción de su silla eléctrica en *The Execution of Czolgosz, with Panorama of Auburn Prison* (1901). Esta obra introdujo la primera representación ficticia de una ejecución pública, inaugurando una tradición visual que devolvía al público la posibilidad de presenciar (una versión de) ejecuciones penales. Durante la era del cine mudo, las producciones carcelarias proliferaron, estableciendo convenciones estéticas y narrativas que permanecerían centrales en el desarrollo del género¹⁸. Un ejemplo es *A Convict's Punishment* (1903), que representa la agresión de un guardia contra un prisionero, introduciendo narrativas retributivas fundamentales en el cine penitenciario. GRIFFITHS¹⁹ señala que esta película opera como advertencia explícita, diseñada para disuadir a posibles infractores al exponer gráficamente la brutalidad del castigo punitivo.

En 1905, el potencial comercial del cine carcelario ya era evidente. La *American Mutoscope and Biograph Company* comenzó a construir sets de prisión, permitiendo la producción de obras como *Reading the Death Sentence* (1905), que dramatizaba el mediático juicio de Mary May Rogers, sentenciada a muerte por el asesinato de su esposo. Su éxito estuvo ligado al intenso interés público por el caso, amplificado por las restricciones mediáticas impuestas por el sheriff a cargo²⁰. Esta cobertura sesgada y parcial solo alimentó la curiosidad del público, tal como sigue sucediendo en la actualidad²¹. Así, desde sus inicios, el cine carcelario supo explotar el interés en casos criminales y ejecuciones, consolidándose como un género capaz de capitalizar las tensiones entre lo privado y lo público en el ámbito penal; una dinámica que hoy se manifiesta especialmente en el auge del *True Crime* y de las dramatizaciones sobre historias criminales.

Las contribuciones europeas al género durante este período, ejemplificadas por *Au Bagne* (1905) y *Le Bagne des Gosses* (1907) de Pathé, introdujeron narrativas más complejas y violentas. Estas producciones incluyeron escenas de deshumanización – imágenes emblemáticas dentro del cine carcelario – como el afeitado de cabezas y la asignación de uniformes, símbolos de la anulación de la identidad individual. También incorporaron secuencias de motines y fugas, como en *A Break for Freedom* (1905) y *Escape from Sing Sing* (1905). En estas obras ya se establecen patrones recurrentes de violencia y disfunción sistémica, con prisioneros retratados como oportunistas y violentos, mientras que los guardias y administradores aparecen como ineptos o abusivos, un esquema que persiste en representaciones contemporáneas.

¹⁶ GRIFFITHS, *Carceral Fantasies: Cinema and Prison in Early Twentieth-Century America*. Quisiera expresar un agradecimiento especial a ALISON GRIFFITHS, cuyo trabajo y amable disposición ha sido clave para orientar y fundamentar esta sección.

¹⁷ NOWELL-SMITH, *The History of Cinema: A Very Short Introduction*, 2017.

¹⁸ RAFTER, *Shots in the Mirror, Crime Films and Society*.

¹⁹ GRIFFITHS, *Carceral Fantasies: Cinema and Prison in Early Twentieth-Century America*.

²⁰ LINDERS, «The Execution Spectacle and State Legitimacy: The Changing Nature of the American Execution Audience, 1833-1937», *Law & Society Review*, 36, 2002.

²¹ SURETTE, *Justice and the Media: Issues and Research*, 2010, pp. 229 ss.

En 1909, *The Modern Prodigal* de D.W. Griffith introdujo una innovación narrativa clave: la figura del prisionero heroico. Este personaje, que sacrifica su propia libertad para salvar a un niño, marcó un punto de inflexión en la representación de los reclusos, permitiendo al público desarrollar empatía y alineación moral con ellos. El recurso de Griffith a un arco redentor, profundamente arraigado en la moralidad cristiana de la época, estableció un modelo narrativo que reconciliaba la criminalidad con los valores éticos del cine comercial. Esta estrategia no solo facilitó la generación de empatía hacia los prisioneros, sino que también aseguraba la conformidad con los valores morales predominantes en la sociedad estadounidense. A partir de este momento, estos tropos se consolidaron como elementos recurrentes dentro del género, evolucionando en complejidad y alcance hasta la llegada del evento más transformador en toda la historia del cine: el sonido.

3. La época dorada (1930s)

Con la llegada de las *talkies* (cine con sonido), el género carcelario vivió su etapa más exitosa. Se estima que, solo en Hollywood, durante la década de 1930 se produjeron más de 80 películas centradas en el encarcelamiento y que, en mayor o menor medida, se ambientaron en prisiones²². Este auge coincidió con la época más fructífera del cine de gánsteres, dos géneros marcados por la *Gran Depresión* y que llegaron a su máximo esplendor justo antes de que el *Código Hays*²³ endureciera la censura²⁴.

Según CROWTHER²⁵, la popularidad del cine carcelario radicó en su capacidad para funcionar como contrapunto narrativo al cine de gánsteres dentro de un universo lúgubre y pesimista, precursor del *cine negro*. Mientras que las películas de gánsteres seducían a las audiencias con antihéroes carismáticos que encarnaban un sueño americano corrupto, el cine carcelario ofrecía protagonistas que, por lo general, eran víctimas de un sistema que les había dado la espalda y que buscaban redención. No obstante, esta afirmación es objeto de debate. KEHRWALD²⁶ sostiene que fue el cine carcelario el que anticipó al de gánsteres, argumentando que su popularidad comenzó a ascender antes que la del género centrado en mafiosos. JARVIS²⁷ también subraya que las secuencias ambientadas en prisiones desempeñaron un papel clave en la fórmula narrativa de muchos filmes de gánsteres. Esto sugiere que ambos géneros no deben entenderse como tradiciones independientes, sino como expresiones interrelacionadas; la cuestión de cuál precede al otro se presenta, por tanto, como un dilema circular, del tipo huevo-gallina, más que como una simple secuencia cronológica.

A pesar de estas diferencias, existe consenso en cuanto a su distinción funcional. Las películas de gánsteres reflejaban cómo la estructura capitalista estadounidense fomentaba la delincuencia mediante promesas de éxito material, solo para culminar en desenlaces trágicos que reafirmaban la inevitable caída del criminal. En contraste, el cine carcelario revelaba las fallas del sistema penitenciario y promovía valores reformistas. Además, los avances tecnológicos de la época,

²² CECIL, *Oxford Research Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, 2017, pp. 1 ss.

²³ Código creado por las grandes productoras de Hollywood que determinaba qué podía verse en pantalla y qué no a través de su censura de ciertos comportamientos, tramas e imágenes.

²⁴ KEHRWALD, *Prison Movies. Cinema Behind Bars*.

²⁵ CROWTHER, *Captured on Film: The Prison Movie*, 1990.

²⁶ KEHRWALD, *Prison Movies. Cinema Behind Bars*.

²⁷ JARVIS, *Cruel and Unusual: Punishment and US Culture*, 2004.

como la incorporación del sonido y las mejoras en las técnicas y recursos de grabación, incrementaron el realismo y la intensidad dramática, especialmente en la representación de la violencia, que adquirió un carácter más gráfico y visceral²⁸.

El auge del cine carcelario en los años 30 también se relaciona con los movimientos reformistas en el sistema penitenciario estadounidense. Durante este período, reformadores como Thomas Mott Osborne denunciaron las condiciones inhumanas de las prisiones y abogaron por un enfoque más humanitario y rehabilitador, situando así la vida en prisión en el centro de los debates públicos. GRIFFITHS²⁹ sostiene que este interés creciente contribuyó a la proliferación del género, que no solo reflejaba preocupaciones sociales sino que también alimentaba la discusión sobre las deficiencias estructurales del sistema penal. El impacto del *Crack del '29* exacerbó la crítica hacia la lógica capitalista estadounidense, mientras que el aumento de las tasas de encarcelamiento tras la crisis económica también favoreció la proliferación de películas carcelarias³⁰. Como afirman PLANES PEDREÑO y MONTERO MARTÍNEZ: «*El espectador acaba progresivamente asumiendo que el 'inframundo' de la prisión no es más que uno de los muchos productos averiados que se derivan de la misma lógica capitalista que regula las instituciones*»³¹.

En este contexto de crisis y disturbios penitenciarios, surge *The Big House* (1930), considerada la obra paradigmática y constitutiva del género. Su director, George W. Hill, contó con la colaboración de P. W. Garret, defensor de la reforma penitenciaria, y Frances Marion, primera mujer en ganar el Óscar al Mejor Guion Original por esta misma obra. Lejos del mero sensacionalismo, el filme combinó acción y violencia con una sensibilidad social poco común en el cine comercial de la época. Desarrolló y consolidó, además, elementos temáticos icónicos que el género había explorado en su etapa muda, como condenas excesivas, traiciones, códigos de honor, ambientes opresivos, revueltas y motines. También reafirmó arquetipos como el protagonista honesto atrapado en un sistema injusto, matones violentos, guardias abusivos y mujeres reducidas a la personificación de víctimas u objetos de deseo. Tal como este artículo muestra, con alguna que otra variación, estos elementos continúan representando a día de hoy los pilares narrativos del cine carcelario.

El impacto del filme trascendió el mercado estadounidense, encontrando acogida en países como Alemania, España y Francia, donde se realizaron versiones adaptadas tanto en idioma como en elenco. A diferencia de muchas de sus predecesoras, que fueron filmadas en prisiones reales, *The Big House* se rodó en unos estudios de California. No obstante, la relación entre las productoras cinematográficas y las instituciones penitenciarias era particularmente estrecha, con grandes estudios como *MGM*, *Warner Brothers* y *Paramount Pictures* quienes, como muestra de agradecimiento, ofrecían cientos de copias de sus filmes a los prisioneros – incluso organizando proyecciones de prueba para analizar la reacción del público – y donaban recursos y alimentos³². Tal era la vinculación que hasta Harry M. Warner, de los hermanos Warner, llegó a financiar la construcción de un gimnasio en la penitenciaría de Sing Sing.

²⁸ PRINCE, *Classical Film Violence*, 2003.

²⁹ GRIFFITHS, «A Portal to the Outside World: Motion Pictures in the Penitentiary», *Film History*, 25, 2013, pp. 1 ss.

³⁰ MASON, *Captured by the Media: Prison Discourse in Popular Culture*, 2006; JARVIS, *Cruel and Unusual: Punishment and US Culture*.

³¹ PLANES PEDREÑO/MONTERO MARTÍNEZ (eds.), *Cine entre rejas*, Sans Soleil Ediciones, 2017, p. 21.

³² GRIFFITHS, *Film History*, 25, 2013, pp. 1 ss.

Junto a *The Big House*, la época dorada del género produjo otros títulos fundamentales como *The Criminal Code* (1931), *I Am a Fugitive from a Chain Gang* (1932), *Hell's Highway* (1932) y *20,000 Years in Sing Sing* (1932). Dirigidas por algunas de las figuras más influyentes de Hollywood (Howard Hawks, Mervyn LeRoy, Michael Curtiz...) y también precursores del cine de gánsteres, estas películas abordaron cuestiones como la corrupción institucional (*Hell's Highway*), las condenas erróneas y la ética entre reclusos (*The Criminal Code*), o la dureza de las prisiones de trabajos forzados junto con la capacidad del sistema penitenciario para generar más criminalidad (*I Am a Fugitive from a Chain Gang*). Este último filme destaca especialmente por su final desolador, en el que el protagonista, antes de desaparecer en la oscuridad, admite que la prisión lo ha convertido en un delincuente.

Con la entrada en vigor del Código de Censura Hays en 1934 – o *Motion Picture Production Code*, aprobado en 1930 –, la representación de la violencia en el cine experimentó un cambio drástico. Como señala Gilbert³³, este código, que prohibía la representación gráfica y explícita de actos violentos sin la aprobación de la junta directiva – especialmente si eran personas inocentes, miembros de los cuerpos de seguridad, mujeres y/o niños – obligó a los cineastas a adoptar estrategias narrativas más sutiles e implícitas – como el uso de *planos fuera de campo*³⁴ o *elipsis*³⁵. En consecuencia, se estableció una clara distinción entre las películas anteriores a 1934, que mostraban la violencia de manera explícita, y las posteriores, como *Fury* (1936), *Each Dawn I Die* (1939) o *6,000 Enemies* (1939), que optaron por representaciones más contenidas.

En definitiva, durante su época dorada, las películas del género carcelario, en su mayoría, promovieron una reflexión crítica sobre el sistema penal, destacando particularmente las dinámicas internas, el funcionamiento y las condiciones de las prisiones. A través de estructuras clásicas de entretenimiento, pero con narrativas que oscilaban entre la denuncia de la corrupción sistémica y la crítica a la pena de muerte mediante la humanización de sus condenados, estas obras invitaron a las audiencias a enfrentar las contradicciones morales y políticas inherentes al castigo institucionalizado. Este doble filo, donde el entretenimiento colisiona con la crítica estructural, posicionó al cine carcelario como un espacio de resistencia cultural único, una voz disidente en un contexto dominado por discursos de control, especialmente debido a la mordaza de la censura que tuvo a Hollywood bajo custodia durante 30 años. Sin embargo, como puede verse a lo largo de este artículo, también asentó las bases de un canon rígido y simplista que atrapó y redujo la complejidad del castigo a una lógica narrativa parcial, lineal y oportunista.

4. *Cine negro*, prisioneros de guerra y mujeres entre rejas (1940s y 1950s)

Sobre el desolador telón de fondo de la Segunda Guerra Mundial, el cine carcelario experimentó un notable declive tanto en número como en calidad³⁶. La época dorada del cine de gánsteres y de prisiones dio paso al auge del *cine negro*, caracterizado por narrativas complejas, una atmósfera de paranoia, personajes moralmente ambiguos, cinematografía oscura y desenlaces trágicos sin redención, además de la presencia de *femmes fatales*³⁷. Sin embargo, aunque en la

³³ GILBERT, *Better Left Unsaid: Victorian Novels, Hays Code Films, and the Benefits of Censorship*, 2013.

³⁴ Acciones que no ocurren de forma gráfica pero que se infieren mediante otros elementos en pantalla (sonidos, acciones complementarias, causa-efectos, etc.).

³⁵ Saltos temporales entre escenas cuyo contenido se infiere en cierto grado mediante las imágenes anteriores y posteriores.

³⁶ MASON, *Captured by the Media: Prison Discourse in Popular Culture*.

³⁷ CONARD, *The Philosophy of Film Noir*, 2006.

década de 1940 se produjeron significativamente menos películas carcelarias, la prisión no desapareció del cine, sino que se integró recurrentemente dentro de este nuevo género³⁸. Su influencia, con títulos como *The Maltese Falcon* (1941) o *Double Indemnity* (1944) propició que las películas carcelarias más destacadas se alinearan con sus cánones estilísticos y temáticos.

Un ejemplo paradigmático de esta convergencia es *Brute Force* (1947), notable por su abundante violencia temática – aunque no gráfica – que, por razones aún desconocidas, logró sortear algunas de las limitaciones del Código Hays³⁹. La película sigue a Joe Collins, un prisionero que, tras un periodo de aislamiento, planea una fuga con otros reclusos. Sin embargo, la traición de un compañero frustra el plan, derivando en un motín sangriento con un desenlace trágico para el protagonista, pero esperanzador para la prisión, liberada del sádico guardia al mando. Con su tono oscuro y plagada de escenas de violencia sin precedentes, *Brute Force* marcó un punto de inflexión en el género, incorporando al cine carcelario narrativas fragmentadas y el uso recurrente de *flashbacks*, características del cine negro⁴⁰. Como señala PARISH⁴¹, Dassin justifica la brutalidad del filme bajo una aparente pretensión de realismo y reforma, aunque estas motivaciones resulten ambiguas. Si bien *Brute Force* se aparta formalmente de sus predecesoras, conserva muchas de las líneas temáticas de la era dorada. La película, protagonizada por Burt Lancaster – figura habitual del género –, aborda la ineficacia y condiciones inhumanas de las prisiones, la importancia del código entre reclusos y la inevitabilidad del desastre en un sistema dominado por presiones institucionales, políticas y económicas. También consolida dos de los tropos más recurrentes del género: el guardia de prisión como antagonista – en este caso, un personaje desmesuradamente sádico – y la obsesión con la mujer como objeto de deseo tras los muros de la prisión. Este último elemento se ilustra en una de sus escenas más icónicas, donde los reclusos se turnan para compartir sus motivaciones para escapar, todas vinculadas a figuras femeninas idealizadas y alguna que otra *femme fatale*.

Con *Brute Force* se consolida un viraje temático que empezó a manifestarse en otros filmes de la década, como *Within These Walls* (1945), *Kiss of Death* (1947) o *Prison Mutiny* (1943). En estas obras, la violencia empieza a eclipsar las exploraciones sobre el impacto psicológico del encarcelamiento o las premisas de corte reformista, convirtiéndose en el eje narrativo principal o, en palabras de TRUBY⁴², en el *motor de la trama*. En este sentido, aunque el carácter reformista del género persistió, la primacía de lo sensacionalista y el dramatismo violento desplazó la atención de las dinámicas estructurales del sistema punitivo, favoreciendo una explotación comercial de arquetipos y tendencias de mercado. Este cambio puede atribuirse tanto a la saturación temática y consecuente descenso en popularidad del enfoque reformista del cine carcelario de los años 30 como al auge de narrativas más violentas influenciadas por el *cine negro*.

Durante los años 50, el cine carcelario siguió en declive, aunque emergieron subgéneros que reflejaban las ansiedades sociopolíticas de la época. Destacaron las películas centradas en prisioneros de guerra, como *Stalag 17* (1953) y *Prisoner of War* (1954), que respondían a la

³⁸ DIMENDBERG, *Film Noir and the Spaces of Modernity*, 2004.

³⁹ PARISH, *Prison Pictures from Hollywood: Plots, Critiques, Casts and Credits for 293 Theatrical and Made-for-television Releases*, 1991.

⁴⁰ CONARD, *The Philosophy of Film Noir*.

⁴¹ PARISH, *Prison Pictures from Hollywood: Plots, Critiques, Casts and Credits for 293 Theatrical and Made-for-television Releases*.

⁴² TRUBY, *The Anatomy of Story*, 2008.

necesidad de procesar los traumas colectivos de la Segunda Guerra Mundial y la Guerra de Corea. Estas narrativas exploraban la resiliencia, la solidaridad y los dilemas éticos en condiciones extremas, reflejando un discurso heroico y nacionalista (estadounidense) sobre la resistencia ante sistemas opresivos, en un contexto marcado por las tensiones de la Guerra Fría y la memoria de los conflictos recientes. Paralelamente, se incrementó la representación de jóvenes rebeldes y delincuentes en el cine: películas como *Jailhouse Rock* (1957), protagonizada por Elvis Presley, y *Girls in Prison* (1956) dramatizaban la figura del *rebelde sin causa*, capturando el malestar cultural de una juventud que desafiaba las normas tradicionales. Estas narrativas evidencian el impacto de la prosperidad de la posguerra, la proliferación de la cultura popular – particularmente el rock and roll – y la ansiedad ante los cambios generacionales. Así, estos filmes, además de reflejar las transformaciones culturales, también exploraban la criminalidad juvenil dentro de un contexto más amplio de rebelión y alienación.

Aunque con menor protagonismo, el *cine negro* y las temáticas reformistas siguieron presentes en el género, como muestra *Riot in Cell Block 11*⁴³ (1954). Este filme combina una narrativa trágica con una representación contenida de la violencia, destacando por su enfoque casi documental y su crítica al sistema penitenciario. A través de la exposición de las tensiones internas de la prisión y la complejidad moral de sus personajes, la obra ilustra preocupaciones atemporales sobre la ineficacia y las injusticias del sistema penal, reflejando un microcosmos de las desigualdades estructurales en la sociedad de posguerra.

En este contexto, a pesar de la prolongada e histórica presencia de personas afroamericanas en el sistema penitenciario estadounidense, no fue hasta 1958 cuando pudo verse por primera vez en Hollywood a un personaje racializado en rol protagónico – o coprotagónico – interpretado por un joven Sidney Poitier. En *The Defiant Ones* (Kramer, 1958), “*dos convictos fugados, encadenados entre sí – uno blanco y uno negro – deben aprender a convivir para eludir su captura*” (sinopsis oficial, IMDB). Aunque la película tuvo un notable éxito comercial, especialmente al explotar numerosos estereotipos raciales, esta supuso un hito fugaz en términos de representación en la industria cinematográfica. A pesar de la sobrerrepresentación de personas afroamericanas en las prisiones de Estados Unidos, el racismo estructural que caracterizaba la industria hollywoodense provocó que aún transcurrieran varias décadas antes de que personajes negros con diálogos sustanciales y peso narrativo comenzaran a ocupar un lugar más visible y significativo en la pantalla.

Otro hito significativo en esta década fue la incorporación de protagonistas femeninos en el cine carcelario, un género tradicionalmente dominado por figuras masculinas – como la mayoría de los demás géneros. Películas como *Caged* (1950), *Women’s Prison* (1955) y *I Want to Live!* (1958) rompieron con las representaciones convencionales, ampliando el alcance temático de los personajes femeninos y dotándolos de arcos narrativos más complejos. Sin embargo, estos avances no estuvieron exentos de contradicciones, siendo esto un paralelo a la figura de la *femme fatale*, las cuales presentaban a mujeres malvadas y sexualizadas, pero también, por primera vez en pantalla, inteligentes e independientes. Aunque se introdujeron personajes más ricos narrativamente, los estereotipos sobre la feminidad persistieron, y surgieron nuevos arquetipos que reforzaban concepciones hegemónicas sobre género y sexualidad. Por ejemplo,

⁴³ Según JARVIS, *Cruel and Unusual: Punishment and US Culture*, para esta película, su director Don Siegel contó con su experiencia personal en prisión para construir el guion.

predominaban representaciones de «*lesbianas retratadas como seres cómicos y benignos*»⁴⁴ y de «*mujeres emocionalmente dramáticas e histéricas*»⁴⁵. Además, en filmes como *Caged* o *Women's Prison*, las protagonistas que desafiaban las normas de género solían ser castigadas dentro de la trama con finales desfavorables, consolidando así la moralidad cristiana impuesta por el Código Hays.

Entre otras producciones paralelas a la industria americana, cabe destacar que, al otro lado del océano atlántico, en Francia, *Un condamné à mort s'est échappé* (1956) redefinió el cine carcelario con su austeridad formal y su enfoque introspectivo. Al centrarse en la cotidianidad del encarcelamiento, la película explora la resistencia, la libertad y la espiritualidad con una narrativa prudente y pausada, aunque sin dejar la violencia de lado en lo que a elementos temáticos se refiere. *Le Trou* (1960) continuó esta tradición con un minimalismo riguroso, destacando las dinámicas de cooperación y desconfianza entre reclusos. Ambas películas ofrecieron una mirada más sobria y humana sobre la prisión, alejándose del dramatismo y sensacionalismo de Hollywood y acercándose a la *Nouvelle Vague*, el cine de vanguardia francés de la época. No obstante, si bien reconocidas por la crítica, ambas películas jamás llegaron a triunfar entre el gran público.

En suma, durante las décadas de 1940 y 1950, el cine carcelario atravesó transformaciones clave que redefinieron el género. Su enfoque crítico cedió terreno a narrativas más dramáticas y violentas, aunque sin una representación explícita de la brutalidad debido a la censura del Código Hays. Influenciado por el *cine negro* y los conflictos bélicos, el género se adaptó a las demandas de un mercado en expansión, diversificándose en subgéneros que exploraban el heroísmo, la alienación juvenil y las dinámicas en prisiones femeninas. Este proceso amplió sus límites narrativos y estéticos, consolidando elementos clásicos que permanecieron inalterables a lo largo de su evolución. Así, el cine carcelario se reafirmó como un espacio de negociación cultural, política y comercial, reflejando las tensiones sociales y configurándose como un medio privilegiado para examinar las contradicciones del castigo, la disciplina y la justicia en un mundo en transformación.

5. Vuelta al reformismo y nacimiento del *New Hollywood* (1960s)

Durante la década iniciada con la victoria de Kennedy frente a Nixon, Hollywood volvió a producir una cifra modesta de películas carcelarias⁴⁶. Sin embargo, los años 60 dieron lugar a algunas de las obras más emblemáticas, ambiciosas y de mayor calidad del cine carcelario, protagonizadas por los actores con más caché de la época, tales como Steve McQueen, Burt Lancaster o Paul Newman.

MASON⁴⁷ sostiene que el incremento en la calidad y el presupuesto de estos filmes puede atribuirse al resurgimiento de ideas reformistas y revolucionarias, que volvieron a vertebrar prominentemente sus narrativas. Influenciadas por los movimientos sociales de la época – como el movimiento antiguerra, el feminismo y la lucha por los derechos civiles de las personas afroamericanas – estas películas reflejaron un espíritu contracultural que desafiaba los valores

⁴⁴ FREEDMAN, «The Prison Lesbian: Race, Class and the Construction of the Aggressive Female Homosexual», *Feminist Studies*, 22, 1996, p. 404.

⁴⁵ CECIL, *Oxford Research Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, 2017, p. 14.

⁴⁶ MASON, *Captured by the Media: Prison Discourse in Popular Culture*.

⁴⁷ MASON, *Captured by the Media: Prison Discourse in Popular Culture*.

hegemónicos. En contraste con las tendencias de los años 1940s y 1950s, especialmente dominadas por intereses comerciales y narrativas simplificadas, estos filmes recuperaron la esencia crítica del género carcelario, centrándose en cuestionar el control institucional y explorando la tensión entre represión y libertad individual.

Un ejemplo destacado es *The Birdman of Alcatraz* (1962). La película adopta una perspectiva crítica sobre el sistema penitenciario, enfocándose en los efectos psicológicos del encarcelamiento. Si bien comienza con un ritmo acelerado y escenas violentas – aunque no gráficas – pronto se transforma en un relato introspectivo que recuerda más a *Un condamné à mort s'est échappé* que a *Brute Force*, mediante una deliberada abstención de la violencia como eje narrativo. Por ejemplo, esta introduce un guardia amable y dedicado, desafiando los arquetipos tradicionales del género. También, el filme coloca minuciosa atención a los detalles de la vida en prisión, como un primer plano de hasta dos minutos que muestra la eclosión de un huevo, simbolizando la conexión del protagonista con aquello que le permite evadir la soledad y el tedio del aislamiento. La película expone los devastadores efectos de las largas condenas y la brutalidad del aislamiento, al tiempo que cuestiona la eficacia y necesidad de este tipo de castigos. Esta crítica conecta con un discurso más amplio sobre las tensiones contemporáneas entre castigo y control social, subrayando las contradicciones de un sistema que prioriza el control sobre la reforma.

También durante esta década, el género carcelario continuó la tendencia de producir películas que narraban historias sobre prisioneros militares, destacando las condiciones inhumanas y los castigos extremos a los que eran sometidos y explotando narrativamente al villano más popular en la historia de Hollywood: los nazis. Aunque frecuentemente orientadas al entretenimiento, estas películas exploraban la resiliencia, la ética del castigo y el poder institucional, en un contexto donde la Guerra Fría y la guerra de Vietnam alimentaban la desconfianza hacia la autoridad.

Por ejemplo, *The Great Escape* (1963) narra un elaborado plan de fuga protagonizado por prisioneros de guerra norteamericanos en Alemania, quienes, a pesar de su encarcelamiento, mantienen un espíritu indomable – a veces incluso jovial – frente a las fuerzas opresoras nazis. De manera similar, *King Rat* (1965) ofrece una visión más oscura y psicológica, explorando tanto la proeza individual como las jerarquías internas entre prisioneros en un campo japonés, mientras que *The Dirty Dozen* (1967) adopta un enfoque más transgresor, presentando un grupo de soldados encarcelados que son reclutados para una misión suicida en la Francia ocupada, cuestionando en parte la moralidad del sistema militar.

En cuanto a la representación de la violencia, los años 60 marcaron un cambio radical en la industria cinematográfica. En 1964, la *Motion Picture Association* (MPA) anunció el fin de la supervisión bajo el Código Hays, reemplazándolo con el sistema de calificación por edades aún vigente (PG, PG-13, NC-17, etc.)⁴⁸. Este cambio, impulsado por el aumento de producciones y la presión de nuevas productoras y del público, marcó el inicio de una era en la que la violencia adquirió un carácter mucho más gráfico y explícito⁴⁹. Este contexto preparó el terreno para el *New Hollywood*, un movimiento cinematográfico que transformó la industria con obras como *Bonnie and Clyde* (1967), *Easy Rider* (1969) y *The Wild Bunch* (1969). Estas películas desafiaron los

⁴⁸ GILBERT, *Better Left Unsaid: Victorian Novels, Hays Code Films, and the Benefits of Censorship*.

⁴⁹ XAVI PUEBLA, comunicación personal, 2020.

paradigmas tradicionales, adoptando narrativas más crudas y realistas, con una representación de la violencia más explícita y visceral⁵⁰.

En este contexto, presentándose así como otro ejemplo paradigmático del regreso a una narrativa con un centro gravitacional reformista, se estrena *Cool Hand Luke* (1967), inspirada en *I Am a Fugitive from a Chain Gang*. La película recupera el énfasis en los horrores de los centros de trabajos forzados y mantiene tropos clásicos del género – guardias abusivos, intentos de fuga, violencia institucional, aislamientos prolongados y la hostil ceremonia de bienvenida – pero también introduce una estructura narrativa que va más allá de la mera denuncia institucional. A través de su protagonista, la obra explora la resiliencia individual y la alienación existencial, presentando reflexiones tanto sociales como espirituales. El protagonista, con su reiterado lema gritado al cielo en un gesto de desafío y resignación: «¡Lo que nos pasa es un fallo en la comunicación!», parece aludir no solo a la incomunicación dentro del sistema carcelario, o entre el ser humano y lo divino, sino también a un Estados Unidos fracturado en donde el diálogo entre toda una plétora de colectivos y subculturas; entre gobernantes y gobernados, entre autoridad y disidencia... parece haberse vuelto imposible.

Uno de los rasgos más distintivos del *New Hollywood* fue su ambición por alcanzar un estilo más realista y naturalista, influenciado por las vanguardias europeas que habían redefinido el cine en las dos décadas previas⁵¹. Esta transformación, impulsada además por avances tecnológicos en las técnicas de filmación y montaje, favoreció una evolución significativa de las estrategias narrativas y estéticas. En consecuencia, las producciones de esta etapa pudieron abordar con una profundidad inédita cuestiones sociales, criminales y violentas, explorando en pantalla dimensiones del crimen y su control que hasta entonces habían permanecido restringidas o abordadas de manera más implícita. Como resultado, la representación de la violencia en el cine adquirió un carácter más gráfico y verosímil, enfatizando su brutalidad y sus consecuencias tanto físicas como emocionales⁵². Este giro, caracterizado por una representación más explícita, cruda y en ocasiones sensacionalista, fue definido por la crítica como *ultraviolencia*⁵³. Como se muestra a continuación, estas transformaciones marcaron de manera decisiva el desarrollo del cine comercial y, en particular, del género carcelario en su conjunto.

6. *Ultraviolencia, Sexploitation* y partidos de fútbol americano (1970s y 1980s)

El éxito de las producciones del *New Hollywood*, en particular aquellas que incorporaban un alto grado de *ultraviolencia*, marcó un punto de inflexión en la industria cinematográfica. Como explica PRINCE⁵⁴, durante los años 70 se produjo un incremento significativo en la cantidad de películas donde la violencia gráfica, y por lo tanto también temáticamente, ocupaba un lugar central, alineándose con una nueva estética que privilegiaba el realismo y la crudeza visual. Dentro de este contexto, el cine carcelario adoptó una representación más descarnada del castigo, enfatizando las agresiones físicas y los abusos institucionalizados mediante narrativas que capturaban con dureza la brutalidad del encarcelamiento. En este panorama surgen tres de los filmes más célebres y violentos del género, cada uno explorando distintas dimensiones del

⁵⁰ PRINCE, *Savage Cinema: Sam Peckinpah and the Rise of Ultraviolent Movies*, 1998.

⁵¹ COOK, *A History of Narrative Film*, 1981.

⁵² BUCH, *The Pathos of the Real*, 2010.

⁵³ PRINCE, *Savage Cinema: Sam Peckinpah and the Rise of Ultraviolent Movies*.

⁵⁴ PRINCE, *Savage Cinema: Sam Peckinpah and the Rise of Ultraviolent Movies*.

castigo y la represión. Por un lado, el clásico desgarrador de Stanley Kubrick, *A Clockwork Orange* (1971), ofrece una visión distópica que cuestiona la naturaleza de los castigos penales basados en tratamientos conductistas, exponiendo los dilemas éticos de un sistema que busca erradicar la criminalidad manipulando el albedrío⁵⁵. Con su estilización visual extrema, coreografías hiperbólicas de violencia y una narrativa que oscila entre la sátira y el horror, se consolida como una de las representaciones más inquietantes de la prisión y el poder punitivo en el cine.

Por otro lado, *Midnight Express* (1978) presenta con crudeza la historia real de Billy Hayes y su experiencia en una prisión turca, retratando la tortura, la corrupción y la deshumanización como elementos inherentes al sistema penitenciario, especialmente cuando se trata de países no occidentales. La película refuerza la sensación de claustrofobia y desesperanza, consolidándose como una de las más influyentes del género en su etapa más moderna, además de contribuir a la percepción pública sobre las condiciones carcelarias en el extranjero, exponiendo la brutalidad institucional como un fenómeno global. Resulta fundamental señalar que *Midnight Express*, nominada a seis premios Óscar, incluyó una de las primeras representaciones explícitas de expresión sexual no normativa dentro del cine popular *hollywoodiense*. En una escena clave, el protagonista y otro personaje masculino comparten un encuentro íntimo en las duchas de la prisión, presentado con una carga más romántica que erótica. Este momento, que se aleja de las representaciones estereotipadas y caricaturescas de la homosexualidad que prevalecían en el cine de la época, introduce una dimensión afectiva que contrasta con la hostilidad del entorno carcelario. Sin embargo, su inclusión también plantea interrogantes sobre la manera en que el cine carcelario ha representado históricamente la sexualidad en prisión, un ámbito donde las relaciones entre reclusos han sido mayormente retratadas a través del prisma de la violencia, la coerción o el subtexto homoerótico encubierto.

Finalmente, *Escape from Alcatraz* (1979), protagonizada por Clint Eastwood, se erige como una de las películas de fugas más populares, con una reconstrucción minuciosa de la legendaria evasión de Alcatraz en 1962 de Frank Morris. Sin recurrir al dramatismo excesivo, pero con una firmeza y violencia visual incidente, Don Siegel – sospechoso habitual en la representación del encarcelamiento – da un paso más allá en lo que se refiere a la crítica de la justicia al proponer una visión más ambigua en la que la resistencia a la autoridad, siempre antagonista en el género, no es tanto un acto heroico como una necesidad ineludible. A través de una puesta en escena sobria y una narrativa que enfatiza los detalles minuciosos de la fuga, *Escape from Alcatraz* reafirma la fascinación histórica del cine carcelario por la resistencia frente a un sistema implacable. Más allá de su relato de evasión, la película se inscribe en un contexto sociopolítico en el que el desencanto hacia las instituciones estatales seguía intensificándose, reflejando un sentimiento de creciente desconfianza en la autoridad. Este malestar se torna particularmente relevante en una década marcada por el inicio de la llamada *guerra contra las drogas* y el comienzo del progresivo y exponencial aumento de las tasas de encarcelamiento en Estados Unidos, fenómenos que consolidaron un aparato punitivo cada vez más expansivo y problemático.

Estas obras reflejan la evolución del cine carcelario en los años 70, donde la violencia se instauró como un dispositivo central que interroga los límites del castigo y la resistencia dentro de un sistema punitivo cada vez más cuestionado. Además, a diferencia del cine de décadas anteriores, en las que la violencia solía representarse fuera de campo, estos filmes la exhiben de manera

⁵⁵ ABEL SOUTO, «Teorías de la pena y ejecución de la prisión. "La naranja mecánica"», en REVIRIEGO PICÓN/DE VICENTE MARTÍNEZ (eds.), *El cine carcelario*, Tirant lo Blanch, 2015.

explícita. Ejemplo de ello es la escena de *Escape from Alcatraz* en la que un recluso se mutila un dedo, mostrada de forma gráfica en pantalla, a diferencia de una de las muertes en *Brute Force*, en la que un prisionero es aplastado por una máquina pero fuera de campo. De igual modo, en *Midnight Express* las torturas y castigos se presentan con dureza e incidencia, y en *A Clockwork Orange* se observan cuerpos desnudos y agresiones sexuales, elementos impensables durante la era del Código Hays.

A principios de los años 70, con la desaparición de la censura, el cine carcelario con personajes femeninos tomó un giro marcadamente misógino, una especie de época del *destape* que dio lugar al llamado *sexploitation*. Este subgénero capitalizaba la violencia y la sexualidad femenina desde una óptica de consumo masculino, ambientando sus relatos en prisiones ficticias situadas en territorios exóticos para justificar dinámicas de erotismo forzado, tortura y voyerismo. En estas películas, la prisión dejó de funcionar como un espacio de crítica institucional para convertirse en un escenario legitimador de la explotación pornográfica del cuerpo femenino. La estética hiperrealista y gráfica del *New Hollywood* fue absorbida por estas producciones, aunque despojada de su carga crítica. En lugar de utilizar la violencia para reflexionar sobre el poder y la opresión, el *sexploitation* la convirtió en un espectáculo de consumo inmediato. Como ocurre con otros géneros de explotación comercial, el *sexploitation* operaba bajo una lógica de producción rápida y económica, maximizando su rentabilidad a través de imágenes de impacto inmediato. Su interés no radicaba en la complejidad narrativa o en la exploración del sistema penitenciario, sino en capitalizar el morbo y el sensacionalismo. En este contexto, la prisión femenina fue codificada como un espacio hipersexualizado donde la violencia y el abuso no eran una consecuencia del encierro, sino una excusa para el espectáculo. Ejemplos representativos incluyen *The Big Doll's House* (1971), *Women in Cages* (1971) y *Chained Heat* (1983), cuyos títulos, si se me permite, evocan más la industria pornográfica que el cine narrativo convencional.

También durante estas décadas, el auge del *Blaxploitation*⁵⁶ se reflejó en producciones como *Penitentiary II* (1982), que abordaba el encarcelamiento desde una perspectiva racializada, vinculándolo con el sistema punitivo como una extensión de la opresión estructural. Sin embargo, como señaló el activista afroamericano Junius Griffin en su famosa crítica en el *New York Times*⁵⁷, este tipo de películas, lejos de empoderar a la comunidad afroamericana, recurrían a una serie de clichés que perpetuaban estereotipos racistas al yuxtaponer recurrentemente a personas negras con entornos criminales y carcelarios. En el caso específico de *Penitentiary II*, la prisión se presenta como un espacio casi naturalizado para personas racializadas, reforzando la narrativa de que la criminalidad es inherente a su experiencia, en lugar de un producto de las desigualdades estructurales que históricamente han marginado a estas comunidades.

Durante los años 70 y 80, el cine carcelario se diversificó aún más, incorporando elementos de múltiples géneros y expandiendo su alcance temático. Una de las hibridaciones más notables fue la incorporación del deporte como eje narrativo, ejemplificada en la paradigmática *The Longest Yard* (1974), donde un grupo de presos se enfrenta a los guardias en un partido de fútbol americano, utilizando la competición como forma de resistencia simbólica ante, como no, un elenco de guardias malvados. Paralelamente, el cine carcelario absorbió influencias del cine de

⁵⁶ Al igual que cualquier subgénero con el sufijo -exploitation, el *Blaxploitation* consistía en un conjunto de filmes que capitalizaban ciertos estereotipos y tendencias de mercado, adaptados y dirigidos en este caso a una audiencia afroamericana.

⁵⁷ GRIFFIN, «Black Movie Boom—Good or Bad?», *The New York Times*, 1972.

acción, espionaje y western, dando lugar a producciones como *Runaway Train* (1985), *The Rescue* (1988) y *There Was a Crooked Man...* (1970), respectivamente. En un tono más ligero, el género también incursionó en la comedia con *Stir Crazy* (1980), una meta-obra que reinterpreta los arquetipos tradicionales del género desde una lógica que trastoca la carga dramática de estos elementos – y a su vez los consolida – para enfatizar su potencial cómico. En este contexto de experimentación, *Down by Law* (1986) subvirtió el cine carcelario tradicional con una estructura minimalista y estilizada, en la que el encarcelamiento no es un conflicto, sino un espacio de interacción absurda y existencial. Lejos del dramatismo y la violencia característicos del género, la película enfatiza el aburrimiento y la alienación de sus personajes, transformando la prisión en un escenario de resistencia pasiva.

En el ámbito del terror, películas como *Human Experiments* (1979) y *Slaughterhouse Rock* (1988) introdujeron narrativas en las que la prisión se transformaba en un espacio de experimentación macabra o en un escenario sobrenatural de pesadilla; en las que la reclusión se tornaba un dispositivo de horror psicológico. Dentro del drama carcelario, destacan *The Pursuit of Happiness* (1971), *Papillon* (1973), *Straight Time* (1978) y *Fortune and Men's Eyes* (1971), siendo esta última uno de los ejemplos más claros de cómo Hollywood, debido a la caída del código de censura, comenzaba a abordar la homosexualidad aunque, como puede observarse en la película, de una forma completamente estereotipada y con carga violenta.

Sin embargo, saliéndose por completo de esta representación de la homosexualidad como una amenaza más que acecha tras los muros del hostil mundo de la prisión, se estrena *Kiss of the Spider Woman* (1985), una obra de profundo contenido político que entrelaza cuestiones de sexualidad, ideología y represión. Adaptada de la novela homónima de Manuel Puig, la película se ambienta en una celda donde dos reclusos – Valentín, un preso político, y Molina, persona con una orientación sexual no normativa encarcelada por presunta “corrupción de menores” – conviven en un juego de tensiones que se desenvuelve entre la violencia institucional y la lucha por la supervivencia dentro de los márgenes del sistema punitivo. A lo largo de la película, en donde Molina consigue evadir la banal rutina carcelaria con la escenificación de clásicos del cine, la frontera entre opresión y deseo; entre sometimiento y resistencia, se vuelve cada vez más difusa, reflejando cómo el encarcelamiento no solo disciplina los cuerpos, sino que también busca controlar la subjetividad de los reclusos. *Kiss of the Spider Woman* se aleja así de las representaciones tradicionales del cine carcelario al introducir una exploración de la memoria, el deseo y la fantasía como herramientas de resistencia frente a la brutalidad del encierro. En este sentido, por un lado, la película desafía las convenciones del género al otorgar un papel central a la dimensión afectiva y simbólica de la prisión, subrayando cómo el castigo no solo se impone a nivel físico, sino también psicológico y emocional. Por otro lado, por primera vez en la historia del cine carcelario hollywoodiense, el filme desafía las convenciones del género al otorgar el papel protagonista a un personaje cuya orientación sexual no se ajusta a la norma hegemónica. Además, esta característica no se presenta como consecuencia de haber pasado una cantidad sustancial de tiempo entre rejas – uno de los *Pains of Imprisonment* (daños derivados del encarcelamiento) descritos por Sykes en su conocida etnografía *La sociedad de los cautivos* (2007 [1958]) – ni como un recurso estratégico dentro del limitado pero a veces creativo repertorio de los reclusos.

En otra línea, durante los años 80, varias películas centraron su narrativa específicamente en la denuncia de la corrupción administrativa y la mala praxis dentro de los sistemas de justicia y gestión penitenciaria. Ejemplos como *Brubaker* (1980) y *Fast Walking* (1982) pusieron en el centro

del relato la descomposición moral de las instituciones carcelarias y el papel de los funcionarios en perpetuar abusos de poder y dinámicas de explotación. En el caso de *Brubaker*, este énfasis en la corrupción estructural resultó especialmente innovador dentro del género, ya que, a diferencia de la tradición carcelaria que posicionaba a los reclusos como protagonistas y víctimas del sistema, la película sigue la historia desde el punto de vista un administrador penitenciario reformista – interpretado por Robert Redford – que se infiltra en la prisión como un preso más para conocer de primera mano las condiciones de los presos. La película, basada en hechos reales y dirigida por el director que filmó *Cool Hand Luke*, articula una crítica contundente a la corrupción endémica dentro de la gestión penitenciaria y, al hacerlo, se distancia de las representaciones más convencionales del cine carcelario, donde el heroísmo y la transformación suelen ser privilegio exclusivo de los reclusos. Esta tendencia reflejaba una creciente preocupación por la violencia institucional y el colapso del ideal rehabilitador de las prisiones, coincidiendo con el inicio de la era del encarcelamiento masivo en Estados Unidos y la campaña neoliberal y punitiva de Ronald Reagan.

A la par de estas denuncias, el cine carcelario también siguió explorando narrativas distópicas que radicalizaban la idea del encierro como un mecanismo absoluto de control social. Influenciadas por la estética y la crítica de *A Clockwork Orange*, películas como *Escape from New York* (1981) y *The Running Man* (1987) presentaron escenarios donde la prisión se extendía más allá de los muros físicos para convertirse en un dispositivo de vigilancia y opresión totalitaria. A diferencia de las representaciones tradicionales del cine carcelario, donde la prisión es un espacio delimitado y contenido, *Escape from New York* radicaliza la idea del encierro al transformarlo en una metáfora de una sociedad completamente carcelaria, en la que la separación entre castigo y control social se vuelve indistinguible, alineándose así con las reformas con las que la administración Reagan, siguiendo con las propuestas punitivas de Nixon, aceleraría desmesuradamente el crecimiento de la población carcelaria (especialmente afroamericana e hispana) en el país.

Durante estas décadas, el cine carcelario también consolidó su tendencia a reivindicar su autenticidad, proclamándose como uno de los géneros que más frecuentemente enfatiza su veracidad⁵⁸. Esta estrategia se observa en producciones “basadas en hechos reales” como *Midnight Express*, *Brubaker* y *Papillon*, entre muchas otras, así como en recursos visuales y narrativos que refuerzan su anclaje histórico. La insistencia en el realismo se alineó tanto en intereses y tendencias de mercado como con las sensibilidades del *New Hollywood*, donde el hiperrealismo y la representación explícita de la violencia se convirtieron en estrategias fundamentales. Como señala GIRARD⁵⁹, la brutalidad visual genera una percepción de autenticidad, consolidando la violencia como un dispositivo legitimador dentro del cine carcelario.

Con todos estos ejemplos, puede verse cómo el cine carcelario devino en un género mucho más completo y variado en lo que a temáticas y tramas se refiere, aunque manteniendo siempre un eje narrativo y visual violento y articulado en su mayoría por una escueta cantidad de personajes arquetípicos. A saber, el espacio de la prisión y el fenómeno del encarcelamiento, junto con todos los elementos arquetípicos que conforman el género, servían de escenario para todo tipo de historias paralelas, muchas de ellas alejadas de una exploración directa sobre la criminalidad y

⁵⁸ RAFTER, *Shots in the Mirror. Crime Films and Society*, 2000, pp. 117 ss.

⁵⁹ GIRARD, *Violence and the Sacred*, 1977.

el sistema penal. No obstante, la violencia, que hasta entonces había sido principalmente un componente temático, pasó también a definir de forma prominente la puesta en escena, consolidándose como un elemento central del cine carcelario gracias a su nueva licencia para ser representada de manera gráfica. De resultas, su protagonismo visual se volvió omnipresente en prácticamente todas las producciones del género, evidenciando no solo una fascinación persistente por las dinámicas de opresión y resistencia, sino también su instrumentalización y capitalización como recurso narrativo y estético. En conjunto, esta masiva hibridación de géneros dentro del cine carcelario durante las décadas de 1970 y 1980 demuestra cómo este no representa un corpus homogéneo – si es que alguna vez lo fue – para convertirse en un espacio de experimentación formal y discursiva, reflejando a su vez las mutaciones del propio sistema penal y las ansiedades sociales de la época.

7. Segunda época dorada (1990s)

Al igual que la primera época dorada del cine carcelario estuvo precedida por un aumento en la tasa de encarcelamiento durante los años 30 en Estados Unidos, el crecimiento del encarcelamiento en los años 70 y 80 anticipó la llegada de una segunda época dorada del género. Durante la década de los 90, la tasa de encarcelamiento en Estados Unidos alcanzó niveles sin precedentes, llegando a límites insostenibles⁶⁰. Mientras que a principios de los años 70 la población penitenciaria rondaba las 200.000 personas, a finales de los 90 había aumentado en un 1300%⁶¹. Este incremento respondió a políticas punitivas que consolidaron un modelo de justicia basado en la criminalización y el encarcelamiento masivo. La *guerra contra las drogas*, iniciada por Nixon y endurecida por Reagan, había intensificado la represión estatal⁶², mientras que el *Violent Crime Control and Law Enforcement Act* bajo la administración Clinton introdujo medidas como la *Three Strikes Law*, imponiendo cadena perpetua a reincidentes de delitos graves o violentos⁶³. Asimismo, políticas como la de *Zero Tolerance* en Nueva York, implementada por el alcalde Rudy Giuliani, expandieron el modelo de vigilancia y castigo⁶⁴.

Este giro punitivo afectó desproporcionadamente a comunidades racializadas, en particular afroamericanas e hispanas, que fueron objeto de una criminalización sistemática y una sobrerrepresentación carcelaria masiva⁶⁵. En este contexto, muchas de las producciones que marcaron la denominada segunda época dorada del cine carcelario giraron en torno al encarcelamiento injusto, con un énfasis en la victimización de individuos racializados dentro del sistema penal. Un ejemplo paradigmático es el año 1999, cuando al menos cuatro películas abordaron la historia de personas racializadas condenadas injustamente: *The Hurricane* (1999), *Life* (1999), *True Crime* (1999) y *The Green Mile* (1999). Aunque enmarcadas en distintos registros y épocas – desde el *biopic* hasta el drama con elementos de realismo mágico –, estas obras reflejan un cambio en la sensibilidad del género, centrado en la dimensión racial y estructural de la injusticia punitiva.

Durante este periodo se incrementó notablemente la producción de películas carcelarias, con presupuestos más ambiciosos, actores de alto perfil y una mayor sofisticación técnica y

⁶⁰ DAVIS, *Are Prisons Obsolete*, 2003.

⁶¹ Información extraída de la página web de Sentencing Project (www.sentencingproject.org).

⁶² GARLAND, *Castigo y sociedad moderna: Un estudio de teoría social*, 1999.

⁶³ DAVIS, *Are Prisons Obsolete*.

⁶⁴ WACQUANT, *Prisons of Poverty*, 1999.

⁶⁵ WACQUANT, *Prisons of Poverty*.

narrativa⁶⁶. Sin embargo, este fenómeno no solo respondió al contexto penal, sino también al impacto de *The Shawshank Redemption*⁶⁷ (1994), basada en la novela de Stephen King, cuyo éxito crítico y posterior reconocimiento comercial catapultó el interés por el género. Hasta su estreno, el cine carcelario mantenía una evolución similar a la de los años 80, con una cantidad moderada de producciones donde la prisión servía como escenario para tramas diversas. Sin embargo, su impacto funcionó como un catalizador, generando una gran oleada de nuevos relatos sobre el encarcelamiento⁶⁸, la mayoría de los cuales retomaron discursos reformistas⁶⁹.

A pesar de su prestigio y de su consolidación como una de las películas carcelarias más populares de la historia, *The Shawshank Redemption* no ofrece una mirada innovadora sobre el encarcelamiento en casi ninguna de sus dimensiones. Por el contrario, la obra se construye sobre los códigos y convenciones del género carcelario, integrando una serie de tropos, espacios y dinámicas arquetípicas que llevan caracterizando a estas representaciones desde los inicios del género. De hecho, autores como JARVIS⁷⁰ y RAFTER⁷¹ sostienen que la película no introduce elementos novedosos en comparación con *The Big House* (1930), ya que ambas se articulan en torno a una serie de patrones recurrentes, consolidados por esta última. Asimismo, ambas producciones siguen una estructura similar, comenzando con la llegada del protagonista a la prisión y narrando su progresiva adaptación al encierro. No obstante, aquello que distingue a *The Shawshank Redemption* de sus predecesoras inmediatas y explica parte de su recepción cultural y mediática – además de su sobresaliente estructura narrativa adaptada, interpretaciones de gran profundidad expresiva, atmósfera sonora inmersiva, composición visual meticulosamente diseñada y montaje rítmico sofisticado – es su capacidad para convertir estos tropos en una narrativa de redención y esperanza, en contraste con la visión más cruda y fatalista predominante en el cine carcelario de décadas anteriores. La prisión en la película, aunque opresiva y violenta, se convierte en un escenario donde el protagonista no solo sobrevive, sino que logra mantener su integridad moral e incluso alcanzar un desenlace victorioso – en aquella platónica playa Mexicana – además de mejorar las condiciones del lugar para todos los demás presos. Esta representación, profundamente idealizada, resuena con una visión del encarcelamiento que trasciende su función disciplinaria, alineándose con discursos sobre la dignidad humana y la posibilidad de transformación a pesar de la adversidad.

Según MASON⁷², en esta década el cine carcelario también alcanzó su mayor diversificación temática y estilística, ampliando su alcance más allá del castigo para convertirse en un escenario versátil para múltiples relatos. En el ámbito de la ciencia ficción distópica, *Fortress* (1993), *No Escape* (1994) y la secuela *Escape from L.A.* (1996) plasmaron el temor al Estado como una entidad punitiva absoluta. Por un lado *Fortress* convierte la prisión en una extensión del aparato estatal de vigilancia biopolítica, funcionando como una poderosa metáfora de la erosión de las libertades

⁶⁶ CECIL, *Oxford Research Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, 2017, pp. 1 ss.

⁶⁷ Este clásico contemporáneo fue nominado a siete premios Óscar, junto con cientos de otros reconocimientos (www.imdb.com). Aunque su estreno no supuso un gran éxito comercial, *The Shawshank Redemption* se ha consolidado como una de las películas más populares de la historia. Actualmente, de acuerdo con la votación de más de tres millones de usuarios, el filme ostenta una puntuación de 9,3/10 en *IMDb* – coronándola como la película mejor valorada en la historia – y un 4,6/5 en la red social *Letterboxd*, donde se posiciona como la octava película mejor valorada.

⁶⁸ GONTHIER, *American Prison Films Since 1930: From The Big House to The Shawshank Redemption*, 2006.

⁶⁹ O'SULLIVAN/WILSON, *Images of Incarceration: Representations of Prison in Film and Television Drama*.

⁷⁰ JARVIS, *Cruel and Unusual: Punishment and US Culture*.

⁷¹ RAFTER, *Shots in the Mirror, Crime Films and Society*.

⁷² MASON, *Criminal Visions: Media Representation of Crime and Justice*, pp. 323 ss.

individuales en nombre de la seguridad estatal o, en palabras de GARLAND⁷³: de «*la cultura del control*». Por otro lado *No Escape* sitúa el encarcelamiento en una isla sin supervisión estatal, configurando un estado de naturaleza *hobbesiano* donde la violencia es la única forma de gobierno.

El género también abordó la prisión como herramienta de eliminación política, como en *The Man in the Iron Mask* (1998), que retoma la idea del encierro arbitrario en un contexto donde aún se debatía la *guerra contra las drogas* era en realidad, como expone repetidamente el rapero Jay Z: *una guerra contra la raza*. En la misma línea, los dramas judiciales *In the Name of the Father*⁷⁴ (1993) y *Murder in the First* (1995) también cuestionaban la legitimidad del sistema de justicia penal y su papel como herramienta política, destacando los errores judiciales y la brutalidad del confinamiento solitario. Por otro lado, los dramas sociales *American History X* (1998) y *Malcolm X* (1992) utilizaron la prisión como un espacio de transformación ideológica. En *Malcolm X*, la conversión al islam y evolución política del líder activista se consolidan en prisión, mientras que *American History X* muestra la radicalización y posterior transformación de un neonazi en el sistema penitenciario, estableciendo un paralelismo entre la cárcel, su poder redentor y las estructuras racistas de la sociedad.

En el cine de terror, *The Silence of the Lambs* (1991) y *Alien³* (1992) retrataron la prisión como un espacio de deshumanización total, donde el aislamiento se asocia con la pérdida de agencia. No obstante, la primera presenta a Hannibal Lecter como un prisionero cuya inteligencia y capacidad de manipulación trascienden los barrotes, cuestionando así la efectividad del confinamiento como mecanismo de control o como proceso rehabilitador. En el cine de acción, *The Rock* (1996) y *Con Air* (1997) llevaron al extremo la espectacularización de la violencia en relatos hipermasculinizados sobre resistencia y fuga ambientados en prisiones. El cine de gánsteres, con *American Me* (1992), abordó el papel de la prisión en la consolidación de redes criminales y la perpetuación de la violencia intergeneracional. Dentro de esta segunda época dorada, otra adaptación de una novela de Stephen King de nuevo por el director Frank Darabont, *The Green Mile*, destaca como una anomalía en el cine carcelario al centrar su narrativa en un guardia penitenciario bondadoso, cuya compasión y ética, interpretadas, como no, por Tom Hanks, ofrecen una visión humanizadora del entorno penitenciario. No obstante, el filme vuelve a adherirse a los cánones tradicionales, con una estructura narrativa determinada por la presencia de un guardia sádico como antagonista, reclusos inocentes y brutos matones.

Finalmente, el cine carcelario de temática deportiva incluyó *He Got Game* (1998), que introducía el encarcelamiento como un factor estructural dentro de la experiencia afroamericana, exponiendo la presión de las instituciones deportivas sobre los jóvenes negros como una forma de explotación. Junto con las obras mencionadas al inicio de la sección, forma parte de un conjunto significativo de producciones centradas en evidenciar la victimización sistemática de la población afroamericana dentro del sistema penitenciario estadounidense. Tales obras ponen especial énfasis en como este proceso, profundamente desestabilizador e injusto, no solo afecta a quienes están tras las rejas, sino que tiene repercusiones estructurales en toda la comunidad, perpetuando dinámicas de marginación y exclusión social.

⁷³ GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, 2001.

⁷⁴ Producción irlandesa adquirida por una compañía estadounidense.

8. Estancamiento y *Cine Europeo*⁷⁵ (2000s - ...)

A partir del cambio de milenio, la producción de cine carcelario en Estados Unidos, junto con el interés mediático y popular hacia el género, experimentó un notable descenso⁷⁶. Como ocurrió tras su primera época dorada, la reiteración de tropos y estructuras narrativas, junto con el auge del género en los años 90, llevó a su progresivo agotamiento, reduciendo su capacidad de sorpresa e innovación⁷⁷. El cine carcelario, un espacio privilegiado para la crítica del sistema punitivo en los años anteriores, comenzó a dispersarse de nuevo en otros géneros, perdiendo cohesión discursiva. Paralelamente, la normalización del encarcelamiento masivo en la sociedad estadounidense redujo su impacto como herramienta de alarma social.

Antes de este significativo descenso, el final de la segunda época dorada dejó algunas películas que destacaron por su éxito comercial o crítico. *The Last Castle* (2001), con un ambicioso reparto, explora las dinámicas de poder en una prisión militar, fusionando disciplina regimental y subversión penitenciaria. *25th Hour* (2002) ofrece una introspectiva sobre las últimas 24 horas de libertad de un hombre antes de comenzar su condena, convirtiéndose en una de las primeras películas en reflejar en su trama el clima de ansiedad e incertidumbre que marcó el Nueva York post-11 de septiembre. En un registro más crudo y pasando por la mayoría de tropos del canon, *Animal Factory* (2000), basada en la novela semiautobiográfica de Edward Bunker, muestra la prisión como un espacio de brutalidad sistémica, donde la supervivencia depende de la adaptación a códigos de violencia y poder. A pesar de estas excepciones, el cine carcelario ha permanecido en un segundo plano en la industria estadounidense en las últimas décadas. No obstante, destaca el reciente drama *Sing Sing* (2023), que ha acumulado 180 nominaciones y 55 galardones, incluyendo tres nominaciones a los Premios Óscar de 2025. La película, de bajo presupuesto y basada en hechos reales, retrata un programa de teatro y música en la prisión de máxima seguridad de Sing Sing, con la participación de antiguos internos interpretándose a sí mismos, añadiendo así autenticidad a la narrativa.

En cuanto a la mayoría de películas producidas recientemente con cierta proyección internacional, puesto que estas se encuentran dentro del género de la acción, se observa una tendencia hacia una representación todavía más gráfica y estilizada de la violencia sin ningún trasfondo reformista, alineándose con las sensibilidades contemporáneas que buscan un realismo visceral en pantalla⁷⁸. Ejemplos como *Shot Caller* (2017), *Brawl in Cell Block 99* (2017) y *The Informer* (2019) recurren notablemente a los tropos del género, enfatizando agresiones brutales, asesinatos y peleas sangrientas. Sin embargo, dentro de este circo de acción, tatuajes y crimen organizado, cabe destacar la emotiva *If Beale Street Could Talk* (2018), obra que retoma la esencia de finales de los 90 al producir un drama desgarrador “a fuego lento” sobre las

⁷⁵ Cabe volver a destacar que, si bien es cierto que existe un corpus significativo de obras carcelarias producidas en industrias cinematográficas de países no occidentales o pertenecientes al sur global – por ejemplo: *Carandiru* (Brasil, 2003), *Preso* (Costa Rica, 2015), *La jaula de oro*; *El apando* (México, 1975 y 2013), *Leonera*; *Hijos nuestros* (Argentina, 2008 y 2015), *Sade*; *Shunya* (India, 1955 y 2022), *The Prison*; *Scattered Night* (Corea del Sur, 2017 y 2019), *Noura rêve* (Túnez, 2019), *The Execution of Solomon Mahlangu* (Sudáfrica, 2020), *Viva Riva!* (República Democrática del Congo, 2010), *Fièvres* (Marruecos/Francia, 2014), entre muchas otras – este artículo se centra en el desarrollo del cine carcelario popular en occidente y en el norte global.

⁷⁶ CECIL, *Oxford Research Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, 2017, pp. 1 ss.

⁷⁷ MASON, *Captured by the Media: Prison Discourse in Popular Culture*.

⁷⁸ GONTHIER, *American Prison Films Since 1930: From The Big House to The Shawshank Redemption*; LLINARES, «Punishing bodies: British prison film and the spectacle of masculinity», *Journal of British Cinema and Television*, 12, 2015, pp. 207 ss.

consecuencias de la encarcelación de un joven afroamericano en los 70 tras una falsa acusación por la violación de una adolescente blanca.

En lo que respecta a otras industrias cinematográficas, resulta predecible que ninguna haya logrado igualar la influencia de Hollywood, tanto en la consolidación del género como en la producción sistemática de películas carcelarias. En ningún otro contexto se ha desarrollado una “época dorada” comparable a la de Estados Unidos, ni se ha alcanzado un volumen significativo de filmes con presupuestos tan elevados y protagonizados por las estrellas más cotizadas del momento. Esto evidencia, una vez más, el lugar hegemónico que ocupa la industria estadounidense dentro del circuito popular del séptimo arte. Sin embargo, más allá de casos aislados como *Un condamné à mort s'est échappé* y *Le Trou* en Francia – y, si se incluyeran los centros de detención juvenil, *The Loneliness of the Long Distance Runner* (1962) en Inglaterra – es con el cambio de siglo cuando algunas producciones ajenas a la industria norteamericana han obtenido un reconocimiento crítico y comercial considerable a nivel internacional. Este fenómeno ha sido impulsado, en gran parte, por la globalización, el aumento en el seguimiento de los festivales de cine internacionales debido a las redes sociales, la expansión del acceso a internet y el auge de las plataformas de *streaming*, que han facilitado la circulación y recepción de estos filmes más allá de sus mercados de origen.

Entre los ejemplos más influyentes destaca *Un prophète* (2009), que, combinando hiperrealismo y episodios de alucinación subjetiva, sigue el ascenso de un joven franco-árabe en la jerarquía criminal de la prisión. A través de una exploración incisiva de la identidad, el poder y la etnicidad en el sistema carcelario francés, la película obtuvo amplio reconocimiento, incluyendo el Gran Premio del Jurado en el Festival de Cannes y la nominación al Óscar a la mejor película internacional. Por otro lado, en Italia, *Cesare deve morire* (2012) adopta una aproximación radicalmente distinta, fusionando el documental con la ficción para narrar el montaje de una obra de Shakespeare dentro de la prisión de Rebibbia, con reclusos reales como protagonistas. Su estructura no canónica prescinde de una dependencia narrativa basada en el sensacionalismo emocional – en mi opinión, a diferencia de *Sing Sing*, mencionada anteriormente– lo que le permite cuestionar no solo la función del arte en el contexto penitenciario, sino también subvertir la representación tradicional de la cárcel como un espacio definido exclusivamente por la violencia y la opresión, consiguiendo así su intención transgresora. Esta propuesta innovadora le valió el Oso de Oro en la Berlinale, consolidando su estatus como una de las incursiones más audaces y aclamadas en la representación del encierro en toda la historia del género.

En Alemania, *Das Experiment* (2001) adapta el célebre experimento de Stanford para explorar la transformación de individuos comunes en agentes de violencia y sumisión dentro de un entorno carcelario simulado. La primera de hasta 3 versiones cinematográficas de este mismo fenómeno traspasó las fronteras germanas para convertirse en una película reconocida a nivel mundial. Sin embargo, es importante destacar como, con tal de crear una trama mucho más dramática *a la hollywood*, el filme exagera muchos de los sucesos: por ejemplo, lejos de lo que ocurrió en la realidad, el desenlace del filme cuenta con el homicidio de uno de los voluntarios del experimento.

En el cine británico, tres producciones han alcanzado notable reconocimiento: *Bronson* (2008), *Hunger* (2008) y *Starred Up* (2013). Estas obras, marcadas por su representación extrema de la violencia y la exploración de la prisión como un escenario de resistencia física y psicológica, presentan un enfoque más independiente que las convenciones hollywoodienses. *Bronson*

transforma la vida del célebre recluso Charles Bronson en un espectáculo de hipermasculinidad operística, mientras que *Hunger* aborda la huelga de hambre de Bobby Sands en 1981 con una estética sobria y minimalista, enfatizando el deterioro físico como forma de resistencia. *Starred Up* examina la perpetuación de la violencia en el sistema penitenciario británico a través de la relación entre un joven recluso y su padre, también encarcelado.

En cuanto a las producciones carcelarias españolas con proyección internacional, son pocas las que han logrado trascender las barreras del idioma y consolidarse como referentes populares a nivel global⁷⁹. No obstante, en los últimos años, el auge de las plataformas de *streaming* ha permitido que dos obras alcancen una audiencia sin precedentes dentro del cine carcelario español, llegando tanto a espectadores hispanohablantes como a públicos de otras latitudes. En primer lugar, *El Hoyo* (2019) adopta una perspectiva más alegórica, utilizando la estructura de la prisión vertical como una metáfora explícita de la lucha de clases y la distribución desigual de los recursos en un sistema basado en la violencia estructural. Su representación del castigo, más cercana a la distopía y al cine de terror psicológico, la distancia de las convenciones tradicionales del cine carcelario, convirtiéndola en una obra singular dentro del género. En segundo lugar, *Bajo Cero* (2021), por su parte, funciona como un thriller de acción que se desarrolla en un furgón de traslado de presos al estilo *Con Air*, llevando la violencia carcelaria fuera del espacio tradicional de la prisión y generando una atmósfera claustrofóbica que enfatiza la tensión entre reclusos y agentes del sistema.

Sin embargo, dado que este documento se publica en una revista española, cabe realizar una mención especial a la obra carcelaria más icónica dentro de la industria nacional: *Celda 211* (2009). Con una narrativa intensa y un enfoque que combina el thriller con el drama penitenciario y que se alinea por completo con un estilo de *blockbuster*⁸⁰ *hollywoodiense* – separándose así de sus predecesoras de estilo más independiente y local – la película sigue la historia de un funcionario de prisiones atrapado en un motín que debe camuflarse como interno para sobrevivir. Su escenificación de la violencia institucional, la grandilocuente puesta en escena de la jerarquía y dinámicas dentro de la prisión y su calculado y adaptado uso de una gran cantidad de tropos carcelarios provenientes de la industria americana – motines, guardias sádicos como antagonistas, un “recluso” nuevo, relevancia del código del prisionero, personajes que pueden conseguir cualquier objeto, presos veteranos, brutos matones, jefes absolutos, clanes, traiciones, mujeres que esperan tras los muros, etc. – la impulsaron como uno de los mayores hitos comerciales en el país, consolidándose como un referente del género a nivel nacional. Además de su éxito en taquilla, la película recibió numerosos premios, incluyendo ocho Goyas, entre ellos *mejor película* y *mejor director*, estableciéndose así como un modelo para futuras producciones comerciales.

A fin de cuentas, aunque el cine español no ha desarrollado un corpus tan extenso como el norteamericano en lo que respecta a narrativas carcelarias, su producción reciente refleja un interés creciente por representar el encarcelamiento y, con ello, su dimensión política, social e

⁷⁹ No obstante, especialmente entrados los 2000 – con permiso de *Calabuch* (1956), *El verdugo* (1963) y la hilarante *Todos a la cárcel* (1993), todas estas dirigidas por Luis G. Berlanga; o *El crime de Cuénca* (1979), dirigida por Pilar Miró – la industria cinematográfica española ha logrado desarrollar una producción significativa de películas carcelarias, tanto en el ámbito independiente como en el comercial. Además de los comentados en el texto, otros ejemplos notables incluyen *Azuloscurocasinegro* (2006), *Salvador* (2006), *El patio de mi cárcel* (2008), *321 días en Michigan* (2014) y *Modelo 77* (2022), entre otras.

⁸⁰ Concepto utilizado para referirse a obras de corte comercial de gran éxito.

histórica. Sin embargo, esta tendencia, al igual que ocurrió en Estados Unidos y en la mayoría de las industrias cinematográficas que han abordado el género, ha sido eclipsada recientemente por una fuerte dependencia de la ecuación rígida impuesta por las grandes productoras de Hollywood, cuyos tropos y convenciones continúan determinando y modelando las representaciones del encierro en el cine contemporáneo.

9. Triunfo del canon: Series de televisión

Tras el cambio de siglo, mientras que el cine carcelario perdió protagonismo en Hollywood, la televisión lo convirtió en un escenario recurrente dentro de la llamada *edad dorada de las series*. Este fenómeno responde a la evolución de la industria audiovisual y al auge del *streaming*, que han transformado los hábitos de consumo y ampliado la exploración temática y la inversión de recursos en formatos de larga duración. Sin embargo, el atractivo del universo carcelario trasciende su contexto mediático: como institución total, la prisión impone un marco rígido de normas, jerarquías y dinámicas de poder que pueden desarrollarse a lo largo de múltiples temporadas sin perder cohesión. Su estructura cerrada proporciona una continuidad dramática que favorece la construcción de conflictos prolongados y la consolidación de personajes, al tiempo que permite a los espectadores familiarizarse con un entorno simbólicamente denso, fácilmente reconocible y narrativamente fértil. Por otro lado, desde una perspectiva económica y logística, la institución total también resulta ideal para la producción televisiva. Una vez construido el *plató/set*, este puede mantenerse a lo largo de toda la serie sin afectar la percepción de realismo o inversión de la producción, permitiendo centrarse en la evolución de los personajes y en el desarrollo de tramas sin necesidad de grandes cambios de localización y control de un *plató/set* completamente cerrado.

Tal como se desarrolla en esta sección, si bien las series de televisión han permitido una exploración más prolongada y matizada del encarcelamiento, su innovación es más formal que temática, pues en gran medida continúan replicando los tropos y convenciones narrativas del cine carcelario *hollywoodiense* tradicional. En otras palabras, a diferencia del formato cinematográfico, donde las restricciones de duración limitan el desarrollo de personajes y tramas, el formato serie expande estos relatos en el tiempo pero sin llegar a subvertir considerablemente sus códigos fundamentales. En este sentido, más que reinventar el género – siendo esta nunca la intención explícita de dichas producciones, sino una aportación crítica de este artículo – las series prolongan sus estructuras narrativas, reafirmando el sensacionalismo y la fascinación por la prisión como un espacio de conflicto, disciplina y transgresión.

El primer gran hito televisivo del género llegó en 1997 con *Oz*, una serie aclamada que marcó un punto de inflexión en la representación del encierro. Hasta ese momento, la prisión había sido un escenario recurrente en el cine y en algunas producciones más locales o episódicas de televisión⁸¹, pero nunca había sido el eje central de un enfoque serializado comercial de gran inversión y de largo alcance. Con una violencia extrema y fragmentación narrativa, *Oz* exploró el sistema penitenciario estadounidense sin restricciones de censura, desdibujando los límites entre ley y brutalidad, rehabilitación y castigo. Su impacto fue inmediato, no solo por su crudo retrato del encierro, sino también por su experimentación formal con narradores poco confiables y tramas corales que amplificaban la sensación de caos. Sin embargo, lejos de romper con las convenciones del género, *Oz* las amplificó y las adaptó al contexto sociopolítico de la época –

⁸¹ Como por ejemplo la pionera sitcom británica de la BBC *Porridge* (1977) o la serie australiana *Prisoner* (1967).

marcado por el auge del encarcelamiento masivo en EE.UU. – consolidando una representación sensacionalista de la prisión. Como señala JARVIS⁸², cada episodio parece una lección sobre nuevas formas de cometer asesinatos o consumir drogas, reforzando la imagen de la prisión y sus actores asociados como sujetos de violencia incontrolable.

A lo largo de sus seis temporadas, *Oz* recicló y reformuló recurrentemente los tropos violentos del cine carcelario, mostrando la brutalidad no solo como omnipresente, sino como necesaria para la supervivencia. Aunque su estructura narrativa permitía explorar múltiples perspectivas, su énfasis en la hipermasculinidad y la violencia extrema terminó por reducir la imagen de la prisión a un ecosistema de desesperanza. No obstante, la serie sentó las bases para futuras producciones como *Prison Break* (2005), *Wentworth Prison* (2013), *Orange Is the New Black* (2013), *Vis a Vis* (2015), *For Life* (2020) y *Time* (2021). Estas series, aunque diversificaron las representaciones del encierro, no replicaron la crudeza ni la experimentación formal que caracterizó a *Oz*.

Por su parte, *Prison Break* revitalizó la narrativa del escape carcelario con un enfoque altamente estilizado, donde la inteligencia estratégica del protagonista y la tensión constante en torno a su huida desplazaban el realismo penitenciario en favor del espectáculo narrativo. Sin embargo, como señala KNAGGS⁸³, la serie se construye sobre una narrativa de conflictos hiperbólicos, en la que la exacerbación de la acción y la continua escalada de amenazas refuerzan una perspectiva sensacionalista – y de nuevo hipermasculinizada – de las relaciones de poder y la pérdida de identidad, elementos característicos del género. Cabe destacar que, a diferencia de *Oz*, que se sumergía en las dinámicas internas del encierro con un enfoque fragmentario y psicológico, *Prison Break* transformó la prisión en un mero obstáculo a superar, enfatizando la inteligencia del protagonista como la única vía de escape en un sistema irracional y opresivo constituido por el ABC del cánón carcelario.

Dentro de esta evolución del género en la televisión, *Orange Is the New Black* (2013-2019) representó un punto de inflexión, explorando las posibilidades narrativas del formato seriado en la representación del encarcelamiento. Basada en las memorias de Piper Kerman, la serie adoptó un enfoque coral que combinaba drama y comedia para humanizar la experiencia del encierro y ofrecer una perspectiva más diversa sobre la vida en prisión. Su éxito fue arrollador: con más de 100 millones de visualizaciones solo en su primera temporada y numerosos premios, incluidos cuatro Emmy⁸⁴ y seis nominaciones al Globo de Oro, se convirtió en un fenómeno cultural y en una de las producciones más influyentes en la historia de *Netflix*. Más allá de su impacto comercial, la serie puso en primer plano cuestiones rara vez abordadas en el género carcelario dentro del formato televisivo, como la privatización del sistema penitenciario, la medicalización del castigo y la experiencia femenina del encarcelamiento desde una perspectiva emocional e identitaria.

En términos de representación, *Orange Is the New Black* introdujo una diversidad racial, de género y sexual sin precedentes en la televisión comercial/*mainstream*, desafiando la homogeneidad de las narrativas carcelarias previas y convirtiéndose en una referencia en la discusión sobre

⁸² JARVIS, *Cruel and Unusual: Punishment and US Culture*.

⁸³ KNAGGS, «Prison break general gabbery: Extra-hyperdiegetic spaces, power, and identity in prison break», *Television and New Media*, 12, 2011, pp. 395 ss.

⁸⁴ A raíz de su interpretación en la serie, Laverne Cox fue nominada a los premios Emmy, lo que la convirtió en la primera persona abiertamente transgénero en recibir una nominación a este prestigioso galardón.

interseccionalidad en la ficción seriada. Sin embargo, pese a su importante innovación, la serie se desarrolla narrativa y formalmente dentro de los cánones del género. Como puede observarse a lo largo de sus siete temporadas, *Orange Is the New Black* recicló y se sostuvo mediante muchos de los tropos clásicos del cine penitenciario para dotar de profundidad dramática a la trama y a sus personajes. La trama principal vuelve a estar articulada en torno a la figura de una protagonista inocente – manipulada por su (ex)pareja, un elemento recurrente en la representación de la encarcelación de protagonistas femeninos en pantalla – mientras que la prisión se reduce a un microcosmos donde imperan jerarquías de poder entre reclusas, un grupo de guardias malvados, torpes y egoístas, dinámicas de corrupción y violencia institucionalizada. Además, tal como es costumbre en el cine carcelario, a través de la fragmentación y un aura reformista, la estructura narrativa se basa en la reconstrucción del pasado de las internas a través de flashbacks, reforzando así la idea de la prisión como un espacio donde las historias individuales se entrelazan con las fallas del sistema punitivo.

En última instancia, la serie logró expandir el cine carcelario hacia una audiencia más amplia, utilizando un tono accesible y una estructura flexible que permitía combinar el drama penitenciario con la comedia. Su impacto cultural trascendió su propia narrativa, revitalizando el interés por el género y generando un discurso mediático en torno a la crisis del sistema penitenciario estadounidense. Por otro lado, su éxito también evidenció una paradoja fundamental del género carcelario: aunque pretendía cuestionar el sistema de encarcelamiento, su dramatización y serialización de la vida en prisión contribuyó a su espectacularización y sensacionalismo, reforzando la fascinación del público por el encierro y las dinámicas de poder que lo estructuran desde la perspectiva del consumo y el entretenimiento. Así, *Orange Is the New Black* se inscribe en la tradición del cine carcelario como una obra más que oscila entre la denuncia y el entretenimiento, ampliando el alcance del género sin desafiar por completo sus convenciones más arraigadas.

Con una intención similar, aunque con diferencias sustanciales en su forma y en la solidez de su guion, surge otro gran éxito internacional distribuido por Netflix: *Vis a Vis*. La serie española cuya primera temporada fue producida por *Atresmedia* y que aprovechó el éxito de *Orange Is the New Black*, trasladó la estructura narrativa del drama carcelario femenino a una España ficticia donde las prisiones pueden ser privadas y las reclusas visten uniforme, enmarcándose por completo dentro de los modelos narrativos preestablecidos en el género. En este sentido, *Vis a Vis* combinó el thriller con elementos melodramáticos y un toque de documental en una apuesta que priorizaba la espectacularización de la violencia y las relaciones de poder dentro de la prisión, sin cuestionar en profundidad la naturaleza estructural del castigo o las fallas del sistema penitenciario.

A pesar de su ambientación en España, la serie recicló prácticamente todos los clichés que habían definido el cine carcelario en Hollywood, reproduciendo tropos tales como la protagonista inocente – una vez más manipulada por su amante – que debe adaptarse a la brutalidad del encierro, la jerarquización de poder entre reclusas, la corrupción de trabajadores malvados y la presencia de una despiadada presa antagonista al mando de la institución. Además, podría afirmarse que la fuerte carga erótica y el marcado voyerismo que caracterizan varias de sus escenas, particularmente en la construcción visual de los cuerpos femeninos dentro del encierro, la vinculan con el subgénero *sexploitation*, analizado en las secciones anteriores. En este sentido, la insistencia en el cuerpo de las reclusas como objeto de deseo, la estilización de la violencia en clave sensacionalista y la exacerbación de ciertos estereotipos femeninos dentro de la prisión –

desde la *femme fatale* manipuladora hasta la interna inocente sometida a un proceso de transformación forzada – conectan *Vis a Vis* con una tradición audiovisual que, más que cuestionar el sistema penitenciario, lo convierte en un escenario para la explotación de tensiones eróticas y dinámicas de poder hiperbólicas. Sin embargo, es importante reconocer el impacto de *Vis a Vis* en lo que respecta a su trabajo actoral y a su esfuerzo de guión por dotar de profundidad, complejidad y humanidad a los personajes femeninos reclusos en las representaciones televisivas del encierro.

Más recientemente, *For Life* y *Time* han aportado una visión más introspectiva y crítica sobre el impacto del encarcelamiento en la identidad y la justicia penal. *For Life*, inspirada en la historia real de Isaac Wright Jr., sigue a un hombre condenado injustamente que estudia derecho en prisión y se convierte en abogado para defender a otros presos, articulando una fuerte crítica a las fallas estructurales del sistema judicial estadounidense. *Time*, por su parte, adopta un enfoque más sobrio y psicológico, narrando la descomposición emocional de un hombre “común” al enfrentarse a la realidad penitenciaria británica, enfatizando la deshumanización del castigo y la perpetuación del trauma dentro del encierro. En esta última, el preso principal comparte protagonismo con un guardia, siendo algo inusual dentro del género.

En definitiva, por un lado, resulta destacable cómo el encarcelamiento y la prisión se han consolidado como un tema y un espacio recurrente dentro del auge contemporáneo de las series de televisión. Por otro lado, este formato no ha explorado nuevos territorios narrativos ni visuales de manera significativa, sino que constituyen una extensión de una tradición cimentada en la repetición de los elementos habituales que conforman el canon del género. En otras palabras, las series han capitalizado las posibilidades narrativas del formato televisivo para expandir los relatos sobre el encierro sin modificar sus fundamentos – *hollywoodienses* – esenciales. Producciones como *Vis a Vis* o *Prison Break* reciclan narrativas ya consolidadas, donde motines, fugas y jerarquías de poder siguen articulando sus tramas. Aunque algunas series han introducido una mayor carga reflexiva, continúan inscribiéndose dentro de los esquemas clásicos del género, reforzando sus convenciones en lugar de subvertirlas. En última instancia, más que revolucionar el cine carcelario, la serialidad televisiva ha contribuido a su expansión, adaptándolo a las dinámicas del consumo audiovisual contemporáneo sin alterar significativamente su esencia.

10. Mismo vino, diferentes rejas; una reflexión final

A lo largo de más de 125 años de historia y con Hollywood como principal epicentro, el cine carcelario popular occidental ha oscilado entre la denuncia social y la espectacularización del castigo, diversificándose en una amplia gama de subgéneros e hibridándose con otros formatos narrativos. Desde cortometrajes de apenas unos minutos hasta hasta los 3 días y 18 horas que se requerirían para visualizar en su totalidad *Orange Is the New Black*, las películas y series sobre el encarcelamiento han expandido progresivamente sus márgenes narrativos, abarcando un abanico que va de distopías ambientadas en planetas remotos a comedias deportivas entre reclusos y guardias, sin dejar de lado producciones de serie B y contando con algunas de las obras más aclamadas en la historia del séptimo arte.

No obstante, si bien es cierto que el género ha explorado una diversidad de tramas considerable – frecuentemente de corte reformista – este artículo ha mostrado cómo su evolución, anclada completamente a las realidades socio-políticas de su contexto geográfico y temporal, ha

gravitado entorno a un repertorio limitado de arquetipos y convenciones, simplificando así la experiencia del encarcelamiento y los roles y perfiles de sus actores asociados. Su desarrollo narrativo ha operado mayoritariamente como una reelaboración interna, en la que sus núcleos temáticos – el castigo, la disciplina, la redención o la fuga – se han reiterado bajo nuevas formas pero sin transformar sustancialmente, salvo contadas excepciones, su arquitectura simbólica.

En este marco, el cine popular que representa el encierro penal ha configurado en su mayoría una visión hegemónica de la vida carcelaria sustentada en convenciones dramáticas, estructuras narrativas funcionales y lógicas de rentabilidad comercial conectadas al contexto estadounidense. Su potencial crítico ha sido progresivamente desplazado por relatos centrados en lo sensacionalista y lo violento, encajando en una lógica espectacularizada donde el castigo se convierte en entretenimiento y el espacio penitenciario se estiliza para una audiencia ávida de dramatismo. Así, el género oscila entre una fascinación morbosa y una denuncia inconclusa, reproduciendo – con escasas excepciones – los sospechosos habituales que lo han constituido durante más de un siglo. En este marco, la persistencia del género puede comprenderse en términos de ritual: no como simple repetición mecánica, sino como una práctica cultural que reconfigura conflictos sociales en moldes narrativos reconocibles. Esta ritualización narrativa no solo asegura la continuidad estética del género, sino que también contribuye a la reproducción de ideas hegemónicas sobre el castigo.

Dada su posición privilegiada como una de las principales fuentes de representación del mundo penitenciario para el público general, resulta crucial analizar y reflexionar sobre las formas en que esta visión simplificada de la realidad carcelaria ha contribuido a configurar el imaginario visual contemporáneo del castigo. Lejos de constituir un mero reflejo de las instituciones penales, las producciones del género – modeladas en gran medida por los lenguajes y valores de la industria estadounidense – operan como dispositivos culturales activos que construyen, legitiman y, en ciertas ocasiones, cuestionan los discursos dominantes sobre el crimen y su control. En este proceso, el encierro se transforma en mercancía visual: el dolor, el castigo y la resistencia son estetizados y convertidos en espectáculos que circulan globalmente, normalizando determinadas formas de daño mientras se invisibilizan otras.

Enmarcado dentro del giro visual que atraviesa a la criminología contemporánea, el cine carcelario se revela no solo como un objeto de análisis estético, sino como un campo de disputa simbólica donde se producen significados sobre el poder, la normatividad y la subjetividad de los cuerpos confinados. La representación del encierro, lejos de ser neutral, está imbricada en contextos sociopolíticos y relaciones de poder que afectan la manera en que entendemos el castigo en contextos neoliberales y securitarios y en términos de clase, de género y raciales. En este sentido, las imágenes no se limitan a reproducir imaginarios preexistentes: los moldean, los inscriben en la sensibilidad colectiva, y participan activamente en la construcción de consensos sociales sobre quién merece ser castigado y cómo.

En suma, el arraigo del cine carcelario en fórmulas narrativas convencionales y en una iconografía reiterativa limita seriamente su capacidad para subvertir los imaginarios dominantes o propiciar una reflexión profunda sobre las realidades del castigo y, en particular, sobre sus impactos sociales y subjetivos. Si bien es importante reconocer que tales fines probablemente nunca formaron parte explícita de las intenciones originales de las producciones de cine carcelario, desde la criminología resulta imprescindible analizar el papel que este género desempeña como agente cultural en la construcción del imaginario popular y en la configuración

de las formas contemporáneas de comprensión del encarcelamiento. A este respecto, la potencialidad crítica del cine carcelario – ya sea para problematizar las condiciones del encierro o para imaginar alternativas a la lógica punitiva – suele quedar subordinada a la explotación emocional del drama humano. Así, el género opera, en muchos casos, como un auténtico teatro del castigo: un dispositivo cultural que dramatiza, estetiza y, en última instancia, anestesia el sufrimiento carcelario, manteniéndolo visible pero desprovisto de fuerza política transformadora.

11. Filmografía

- A Clockwork Orange* (1971). Dir. STANLEY KUBRICK. Reino Unido.
A Convict's Punishment (1903). AMERICAN MUTOSCOPE AND BIOGRAPH COMPANY. EE.UU.
A Break for Freedom (1905). Dir. desconocido. EE.UU.
*Alien*³ (1992). Dir. DAVID FINCHER. EE.UU.
American History X (1998). Dir. TONY KAYE. EE.UU.
American Me (1992). Dir. EDWARD JAMES OLMOS. EE.UU.
Au Bagne (1905). Dir. desconocido. Francia.
Bajo Cero (2021). Dir. LLUÍS QUÍLEZ. España.
Brubaker (1980). Dir. STUART ROSENBERG. EE.UU.
Brute Force (1947). Dir. JULES DASSIN. EE.UU.
Caged (1950). Dir. JOHN CROMWELL. EE.UU.
Celda 211 (2009). Dir. DANIEL MONZÓN. España.
Cesare deve morire (2012). Dir. PAOLO TAVIANI/VITTORIO TAVIANI. Italia.
Chained Heat (1983). Dir. PAUL NICHOLAS. EE.UU.
Con Air (1997). Dir. SIMON WEST. EE.UU.
Cool Hand Luke (1967). Dir. STUART ROSENBERG. EE.UU.
Das Experiment (2001). Dir. OLIVER HIRSCHBIEGEL. Alemania.
Double Indemnity (1944). Dir. BILLY WILDER. EE.UU.
Down by Law (1986). Dir. JIM JARMUSCH. EE.UU.
Each Dawn I Die (1939). Dir. WILLIAM KEIGHLEY. EE.UU.
El Hoyo (2019). Dir. GALDER GAZTELU-URRUTIA. España.
Escape from Alcatraz (1979). Dir. DON SIEGEL. EE.UU.
Escape from L.A. (1996). Dir. John CARPENTER. EE.UU.
Escape from New York (1981). Dir. JOHN CARPENTER. EE.UU.
Escape from Sing Sing (1905). Dir. desconocido. EE.UU.
Fast Walking (1982). Dir. JAMES B. HARRIS. EE.UU.
Fortress (1993). Dir. STUART GORDON. EE.UU.
For Life (2020). Creador: HANK STEINBERG. EE.UU.
Girls in Prison (1956). Dir. EDWARD L. CAHN. EE.UU.
Hell's Highway (1932). Dir. ROWLAND BROWN. EE.UU.
He Got Game (1998). Dir. SPIKE LEE. EE.UU.
Hunger (2008). Dir. STEVE MCQUEEN. Reino Unido.
I Am a Fugitive from a Chain Gang (1932). Dir. MERVYN LEROY. EE.UU.
I Want to Live! (1958). Dir. ROBERT WISE. EE.UU.
In the Name of the Father (1993). Dir. JIM SHERIDAN. Irlanda/Reino Unido.
Jailhouse Rock (1957). Dir. RICHARD THORPE. EE.UU.
Kiss of Death (1947). Dir. HENRY HATHAWAY. EE.UU.
Kiss of the Spider Woman (1985). Dir. HÉCTOR BABENCO. EE.UU./Brasil.

King Rat (1965). Dir. BRYAN FORBES. EE.UU.
Le Bagne des Gosses (1907). Dir. desconocido. Francia.
Le Trou (1960). Dir. JACQUES BECKER. Francia.
Life (1999). Dir. TED DEMME. EE.UU.
Midnight Express (1978). Dir. ALAN PARKER. EE.UU.
Murder in the First (1995). Dir. MARC ROCCO. EE.UU.
No Escape (1994). Dir. MARTIN CAMPBELL. EE.UU.
Orange Is the New Black (2013-2019). Creadora: JENJI KOHAN. EE.UU.
Oz (1997-2003). Creador: TOM FONTANA. EE.UU.
Papillon (1973). Dir. FRANKLIN J. SCHAFFNER. EE.UU.
Penitentiary II (1982). Dir. JAMAA FANAKA. EE.UU.
Prison Bars (1901). Dir. desconocido. EE.UU.
Prison Break (2005-2017). Creador: PAUL SCHEURING. EE.UU.
Prison Mutiny (1943). Dir. PHIL ROSEN. EE.UU.
Prisoner of War (1954). Dir. ANDREW MARTON. EE.UU.
Reading the Death Sentence (1905). Dir. desconocido. EE.UU.
Riot in Cell Block 11 (1954). Dir. DON SIEGEL. EE.UU.
Runaway Train (1985). Dir. ANDREI KONCHALOVSKY. EE.UU.
Shot Caller (2017). Dir. Ric ROMAN WAUGH. EE.UU.
Sing Sing (2023). Dir. GREG KWEDAR. EE.UU.
Slaughterhouse Rock (1988). Dir. DIMITRI LOGOTHETIS. EE.UU.
Stalag 17 (1953). Dir. BILLY WILDER. EE.UU.
Starred Up (2013). Dir. DAVID MACKENZIE. Reino Unido.
Straight Time (1978). Dir. ULU GROSBOARD. EE.UU.
The Big House (1930). Dir. GEORGE W. HILL. EE.UU.
The Birdman of Alcatraz (1962). Dir. JOHN FRANKENHEIMER. EE.UU.
The Criminal Code (1931). Dir. HOWARD HAWKS. EE.UU.
The Dirty Dozen (1967). Dir. ROBERT ALDRICH. EE.UU.
The Defiant Ones (1958). Dir. STANLEY KRAMER. EE.UU.
The Execution of Czolgosz, with Panorama of Auburn Prison (1901). Dir. desconocido. EE.UU.
The Great Escape (1963). Dir. JOHN STURGES. EE.UU.
The Green Mile (1999). Dir. FRANK DARABONT. EE.UU.
The Informer (2019). Dir. ANDREA DI STEFANO. EE.UU.
The Last Castle (2001). Dir. ROD LURIE. EE.UU.
The Lock Step (1899). AMERICAN MUTOSCOPE AND BIOGRAPH COMPANY. EE.UU.
The Loneliness of the Long Distance Runner (1962). Dir. TONY RICHARDSON. Reino Unido.
The Maltese Falcon (1941). Dir. JOHN HUSTON. EE.UU.
The Man in the Iron Mask (1998). Dir. RANDALL WALLACE. EE.UU.
The Modern Prodigal (1909). Dir. D.W. GRIFFITH. EE.UU.
The Pursuit of Happiness (1971). Dir. ROBERT MULLIGAN. EE.UU.
The Rescue (1988). Dir. FERDINAND FAIRFAX. EE.UU.
The Rock (1996). Dir. MICHAEL BAY. EE.UU.
The Running Man (1987). Dir. PAUL MICHAEL GLASER. EE.UU.
The Shawshank Redemption (1994). Dir. FRANK DARABONT. EE.UU.
The Silence of the Lambs (1991). Dir. JONATHAN DEMME. EE.UU.
The Wild Bunch (1969). Dir. SAM PECKINPAH. EE.UU.
There Was a Crooked Man... (1970). Dir. JOSEPH L. MANKIEWICZ. EE.UU.
Time (2021). Creador: JIMMY MCGOVERN. Reino Unido.

Todos a la cárcel (1993). Dir. LUIS GARCÍA BERLANGA. España.
True Crime (1999). Dir. CLINT EASTWOOD. EE.UU.
Un condamné à mort s'est échappé (1956). Dir. ROBERT BRESSON. Francia.
Un prophète (2009). Dir. JACQUES AUDIARD. Francia.
Vis a Vis (2015-2019). Creadores: ÁLEX PINA Y DANIEL ÉCIJA. España.
Wentworth Prison (2013-2021). Creador: LARA RADULOVICH. Australia.
Women in Cages (1971). Dir. GERARDO DE LEÓN. Filipinas.
Women's Prison (1955). Dir. LEWIS SEILER. EE.UU.

12. Bibliografía

ABEL SOUTO, Manuel, «Teorías de la pena y ejecución de la prisión. "La naranja mecánica"», en REVIRIEGO PICÓN, Fernando/DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario (eds.), *El cine carcelario*, Tirant lo Blanch, 2015.

BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, 2000.

BENNETT, Jamie/KNIGHT, Victoria, *Prisoners on Prison Film*, Palgrave Macmillan, 2021.

BROWN, Michelle, *The Culture of Punishment. Prison, Society, and Spectacle*, New York University Press, New York, 2009.

BROWN, Michelle/CARRABINE, Eamonn, *Routledge International Handbook of Visual Criminology*, Routledge International Handbooks, 2017.

BUCH, Robert, *The Pathos of the Real*, The Johns Hopkins University Press, 2010.

CANO COBANO, Eric, «¿Qué es la criminología visual?», *InDret Criminología*, 2, 2023.

CARRABINE, Eamonn, «Just images: Aesthetics, ethics and visual criminology», *British Journal of Criminology*, 52, 2012, pp. 463 ss.

CECIL, Dawn K., «Prisons in Popular Culture», *Oxford Research Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, octubre, 2017, pp. 1 ss.

CONARD, Mark, *The Philosophy of Film Noir*, The University Press of Kentucky, 2006.

COOK, David, *A History of Narrative Film*, W. W. Norton & Company, 1981.

CRAWLEY, Elaine, *Doing Prison Work: The Public and the Private Lives of Prison Officers*, Willan Publishing, 2004.

CROWTHER, Bruce, *Captured on Film: The Prison Movie*, B. T. Batsford Ltd., 1990.

DAVIS, Angela, *Are Prisons Obsolete*, Seven Stories Press, 2003.

DERRIDA, Jacques, *De la gramatología*, Siglo XXI Editores, 1976.

DERRIDA, Jacques, *La escritura y la diferencia*, Anthropos, 1978.

DIMENDBERG, Edward, *Film Noir and the Spaces of Modernity*, Harvard University Press, 2004.

FERRELL, Jeff/HAYWARD, Keith/YOUNG, Jock, *Cultural Criminology: An Invitation*, 2.^a ed., SAGE Publications, 2015.

FREEDMAN, Estelle B., «The Prison Lesbian: Race, Class and the Construction of the Aggressive Female Homosexual», *Feminist Studies*, 22, 1996, pp. 397 ss.

GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna: Un estudio de teoría social*, Siglo Veintiuno Editores, 1999.

GARLAND, David, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, University of Chicago Press, 2001.

GILBERT, Nora, *Better Left Unsaid: Victorian Novels, Hays Code Films, and the Benefits of Censorship*, Stanford Law Books, 2013.

GIRARD, René, *Violence and the Sacred*, The Johns Hopkins University Press, 1977.

GONTHIER, David, *American Prison Films Since 1930: From The Big House to The Shawshank Redemption*, Em Text, 2006.

GRIFFIN, Junius, «Black Movie Boom—Good or Bad?», *The New York Times*, 1972.

GRIFFITHS, Alison, «A Portal to the Outside World: Motion Pictures in the Penitentiary», *Film History*, 25, 2013, pp. 1 ss.

GRIFFITHS, Alison, *Carceral Fantasies: Cinema and Prison in Early Twentieth-Century America*, Columbia University Press, 2016.

HAYWARD, Keith/PRESDEE, Mike, *Framing Crime. Cultural Criminology and the Image*, Routledge, 2010.

JARVIS, Brian, *Cruel and Unusual: Punishment and US Culture*, Pluto Press, 2004.

KEHRWALD, Kevin, *Prison Movies. Cinema Behind Bars*, Columbia University Press, 2017.

KNAGGS, Angie, «Prison break general gabbery: Extra-hyperdiegetic spaces, power, and identity in prison break», *Television and New Media*, 12, 2011, pp. 395 ss.

LINDERS, Annulla, «The Execution Spectacle and State Legitimacy: The Changing Nature of the American Execution Audience, 1833-1937», *Law & Society Review*, 36, 2002.

LLINARES, Dario, «Punishing bodies: British prison film and the spectacle of masculinity», *Journal of British Cinema and Television*, 12, 2015, pp. 207 ss.

MASON, Paul, «The screen machine: Cinematic representations of prison», en MASON, Paul (ed.), *Criminal Visions: Media Representation of Crime and Justice*, Willan Publishing, 2003, pp. 323 ss.

MASON, Paul, *Captured by the Media: Prison Discourse in Popular Culture*, Willan Publishing, 2006.

MASON, Paul, «Prison decayed: Cinematic penal discourse and populism 1995-2005», *Social Semiotics*, 16, 2006, pp. 607 ss.

NOWELL-SMITH, Geoffrey, *The History of Cinema: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2017.

O'SULLIVAN, Sean/WILSON, David, *Images of Incarceration: Representations of Prison in Film and Television Drama*, Waterside Press, 2004.

PARISH, James Robert, *Prison Pictures from Hollywood: Plots, Critiques, Casts and Credits for 293 Theatrical and Made-for-television Releases*, McFarland, 1991.

PLANES PEDREÑO, José Antonio/MONTERO MARTÍNEZ, José Francisco (eds.), *Cine entre rejas*, Sans Soleil Ediciones, 2017.

PRINCE, Stephen, *Savage Cinema: Sam Peckinpah and the Rise of Ultraviolent Movies*, University of Texas Press, 1998.

PRINCE, Stephen, *Classical Film Violence*, Rutgers University Press, 2003.

RAFTER, Nicole, *Shots in the Mirror. Crime Films and Society*, Oxford University Press, 2000, pp. 117 ss.

SURETTE, Ray, «Media, Crime, and Criminal Justice», *Justice and the Media: Issues and Research*, 2010, pp. 229 ss.

SYKES, Gresham M., *La sociedad de los cautivos*, Capitán Swing, Madrid, 2007 [1958].

TRUBY, John, *The Anatomy of Story*, Faber & Faber, 2008.

WACQUANT, Loïc, *Prisons of Poverty*, University of Minnesota Press, 1999.

WHEELDON, Johannes, «The Visual Turn in Visual Criminology», en WHEELDON, Johannes (ed.), *Visual Criminology. From History and Methods to Critique and Policy Translation*, Routledge, 2022, pp. 3 ss.

Jordi Nieva-Fenoll
Universitat de Barcelona

Autopsia de la carga de la prueba

Sumario

La carga de la prueba es una institución histórica cuyo sentido arranca realmente en el Derecho medieval del proceso romano-canónico, junto con el sistema de valoración legal de la prueba. Se ha mantenido por diversas razones muy interesantes en el mundo del Common Law, pero perdió sentido en los ordenamientos del Civil Law con la introducción de la libre valoración de la prueba, el principio de adquisición y la inviabilidad científica para distinguir racionalmente entre diversos niveles de prueba. Desde entonces, lo que ha quedado no es tanto un concepto, sino una simple expresión vacía que solamente sirve a los tribunales, en realidad, para eludir con su cita la motivación de la valoración de la prueba, más allá de una sorprendente imprecisión doctrinal para definir lo que realmente sea la carga objetiva de la prueba.

Abstract

The burden of proof is a historical institution whose meaning dates back to the medieval judicial process of Roman-Canon law, together with the system of legal evaluation of evidence. It has been maintained for various interesting reasons in the Common Law world, but has lost its meaning in Civil Law systems with the introduction of the free assessment of evidence, the “principle of acquisition” – both parties can benefit from each other’s evidence– and the scientific impossibility of rationally distinguishing different levels of proof. Since then, what has remained is not so much a concept, but a simple empty expression that only serves the Civil Law courts, in reality, to evade with its citation the motivation of the assessment of evidence, beyond a surprising doctrinal imprecision in defining what the “objective burden of proof” –burden of persuasion– really is.

Title: Autopsy of the burden of proof

Palabras clave: Common Law, Civil Law, Valoración de la prueba, Estándares de prueba

Keywords: Common Law, Civil Law, Evidence assessment, Standards of proof

DOI: 10.31009/InDret.2025.i3.13

3.2025

Recepción
10/03/2025

-
Aceptación
04/04/2025
-

Índice

-

- 1. Introducción*
- 2. Las diferencias estructurales entre el proceso continental y el del Common Law.*
- 3. Deja de tener sentido la carga subjetiva en el proceso del Civil Law.*
- 4. La carga objetiva equivale a la valoración de la prueba.*
- 5. ¿Qué queda del concepto?*
- 6. Bibliografía*

-

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

1. Introducción*

Desde que hace ya siete años publiqué el primer estudio¹ sobre la carga de la prueba en el que denunciaba, bien la inutilidad de la institución –aspecto subjetivo–, bien su sobreabundancia dogmática –aspecto objetivo–, no he recibido una auténtica impugnación de mis ideas basada en razones salvo en el caso de Luca PASSANANTE², aunque sólo en la vertiente subjetiva, y en el caso de Jordi FERRER BELTRÁN³, en este caso solamente en la objetiva, coincidiendo ambos autores en el resto de mis ideas, como veremos más adelante en el presente ensayo, y por supuesto respondiéndoles en la discrepancia. Vitor de Paula RAMOS⁴ también ha expuesto renovadas conclusiones en las que coincide en parte con mis ideas. Michele TARUFFO confirmó la totalidad de mis afirmaciones al respecto, tras una muy profunda reflexión que me consta personalmente y que en gran medida publicó⁵. Por lo demás, se han limitado los autores a repetir ideas tradicionales, como si la repetición fuera un argumento.

Por mi parte, profundicé posteriormente mis ideas en dos trabajos más⁶. En la presente ocasión realizaré una exposición de esas ideas que hasta ahora he ido publicando para facilitar aún más ese ansiado debate, aunque añadiendo algunos datos importantes. Lo haré intentando ser lo más sencillo y sintético posible. Es más fácil hacerlo ahora, tras haber comprobado una y mil veces la conclusión, muchas veces en público y con muchos ejemplos concretos. Al exponer las ideas por primera vez, en el fondo se está elaborando todavía el pensamiento, lo que impulsa al autor a exponer matices que despistan de la idea principal, más que la clarifican. Intentaré, por ello, ser más directo y resumido en este trabajo.

¿Por qué poner en cuestión la carga de la prueba, si es un concepto asumido por toda la doctrina⁷ y utilizado con –demasiada– comodidad, o incluso superficialidad o inconsciencia, por la jurisprudencia? Porque es una noción pasada de época, que tuvo su sentido en el régimen de valoración legal, pero que ya no lo tiene siquiera en el ámbito del *Common Law* en el que se ha

* Autor/a de contacto: Jordi Nieva-Fenoll (nievafenoll@gmail.com).

¹NIEVA FENOLL, Jordi, «La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida», *Revista Italo-española de Derecho Procesal*, 2018, n. 1, pp. 1 y ss.

²PASSANANTE, Luca, «Per la difesa dell'onere della prova», en Saccoccio; Cacace (ed.), *Europa e America Latina. Due continenti, un solo diritto*, Torino y Milano 2020, pp. 798 y ss.

³FERRER BELTRÁN, Jordi, «La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario», en NIEVA FENOLL, FERRER BELTRÁN, GIANNINI, *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Madrid 2019, pp. 73 y ss.

⁴RAMOS, Vitor De Paula, «Nuevos debates sobre la “carga” de la prueba. Acuerdos y desacuerdos entre la doctrina sobre el tema», en Bejarano; Rojas; León, *Lecciones constitucionales de Derecho probatorio*, Tomo III, 2022, pp. 92 y ss.

⁵TARUFFO, Michele, «Casi una introducción», en NIEVA FENOLL, FERRER BELTRÁN, GIANNINI, *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Madrid 2019, pp. 18-21.

⁶NIEVA FENOLL, Jordi, «Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado», *InDret*, 3/2020, pp. 406 y ss, NIEVA FENOLL, Jordi, «Requiem por la carga de la prueba», *Quaestio Facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, n. 4, 2022. Los tres trabajos fueron compilados en NIEVA FENOLL, Jordi, *Trilogía sobre la carga de la prueba: hacia su abolición*, Palestra, Lima 2024.

⁷Vid. los trabajos más recientes y originales de D'ALESSANDRO, Elena, «Onere della prova e legge applicabile», *Giurisprudenza Italiana*, noviembre 2018, pp. 2542 y ss. MITIDIERO, Daniel, «O Ônus da Prova e seus Inimigos», *Revista de Processo*, vol. 306, 2020, pp. 17 y ss, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, *La carga de la prueba en supuestos de discriminación. Su regulación en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia 2020.

convertido, o bien en una amenaza –*burden of production*–⁸ o bien en un imposible práctico –*burden of persuasion*–⁹. Intentaré demostrarlo en las líneas que siguen.

2. Las diferencias estructurales entre el proceso continental y el del *Common Law*

Es ilustrativo exponer con carácter previo una cuestión que clarifica bastante las cosas, o al menos las deja más fáciles de entender: las diferencias entre la estructura del proceso en el ámbito del *Common Law* y en el continental¹⁰.

En el primero, el proceso sigue al pie de la letra la misma configuración que tuvo en Roma desde el remoto proceso de las *legis actiones*¹¹: distribución en dos períodos llamados fase *in iure* y fase *apud iudicem*. La idea de esas dos fases fue que en la primera, el *praetor* se cerciorara de la existencia del litigio¹², asesorara a las partes sobre el derecho aplicable¹³, comprobara si había algún defecto procesal –particularmente la cosa juzgada–¹⁴ que impidiera el proceso, pero sobre todo analizara finalmente si los litigantes, al menos *prima facie*, tenían alguna prueba de lo que afirmaban, a fin de evaluar si merecía la pena pasar a la fase siguiente. El pretor observaba sobre todo si las partes ofrecían testigos en esa parte final de la fase *in iure*, que fue llamada, precisamente por la referencia a los testigos –*cum testibus*–, *litis contestatio*¹⁵. Así concluía la fase *in iure*, siendo dedicada la *apud iudicem* –habitualmente ante un jurado–¹⁶ a la práctica de los interrogatorios.

El actual proceso del *Common Law* es un calco de lo anterior, y lo viene siendo desde siempre. Ya no se designan las fases en idioma latino, sino que se denominan respectivamente *pretrial* y *trial*, categorías que han hecho fortuna en la doctrina internacional. Además, se ha sublimado el papel del *pretrial*, en el sentido de que lo que empezó siendo una simple comprobación superficial de que el litigante poseía documentos y testigos para defenderse en el *trial* –ese es el origen remoto de la carga subjetiva de la prueba–, actualmente favorece un prejuicio muy inquisitivo del juez que acaba con buena parte de los procesos, y que es, de hecho, lo más temido en esa primera fase. Resulta que si al juez no le convencen –insisto, convencen– las pruebas que están ofreciendo los litigantes –o uno de ellos–, dictará una resolución –*summary judgment*–¹⁷ en la que dirá que el caso no tiene perspectivas de éxito para una de las partes, fallando a favor de la otra sin celebrar el *trial*. Semejante amenaza ha hipertrofiado esta primera fase, que puede durar mucho tiempo –de dos a seis años–¹⁸, y que en realidad parece más enfocada, hoy en día, no a preparar el *trial*, sino a agotar económica y anímicamente a las partes para que lleguen a un acuerdo, lo que se consigue en un número elevadísimo de ocasiones gracias, en parte, al llamado *Rambo*

⁸Civil Procedure Rules. Part. 24. Summary Judgment.

⁹GINTHER, Matthew; CHENG, Edward K., «Surprise vs. Probability as a Metric for Proof», *Seton Hall Law Review* 48, n. 4, 2018.

¹⁰Vid. NIEVA FENOLL, Jordi, «¿Es tan diferente el proceso civil inglés de los procesos del continente?», *Diario La Ley*, n. 10384, 9-11-2023.

¹¹KASER, Max; HACKL, Karl, *Das römische Zivilprozessrecht*, C. H. Beck, München 1996, p. 37.

¹²KASER; HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. p. 45.

¹³KASER; HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. p. 70.

¹⁴KASER; HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. p. 70.

¹⁵KASER; HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. pp. 75 y ss.

¹⁶KASER; HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. pp. 33-34.

¹⁷Part. 24 CPR para Inglaterra y Gales. En EEUU, vid. Rule 56, Summary Judgment, Federal Rules of Civil Procedure.

¹⁸ANDREWS, Neil, *English Civil Justice*, Oxford University Press, 2009-2010, p. 21.

*Lawyering*¹⁹, que no es sino un modo repugnante de conducir un proceso, pero que puede acabar disuadiendo a las partes de continuar el proceso, motivándolas a llegar a un acuerdo que, desde luego, a la vista está, no tiene nada de espontáneo ni de voluntario.

Sin embargo, en el continente –es decir, en el proceso del *Civil Law*– se dejó de distinguir entre ambas fases procesales con la codificación del siglo XIX, pero sobre todo desde que KLEIN²⁰ y su ZPO de Austria introdujeron la audiencia previa en 1895²¹. Además, la fase *apud iudicem* de lo que había quedado en el siglo XIX del proceso romano-canónico, medieval hacía mucho tiempo que estaba destinada solamente a la ratificación escrita de los testigos y, en su caso, a la presentación de escritos de conclusiones de los abogados de las partes. De ese modo, aunque todavía se percibía por entonces la estructura bifásica y la fase *in iure* había estado destinada a resolver los defectos procesales²² y a la exigencia de presentación de medios de prueba por cada una de las partes, la distinción entre ambas fases se perdió con las referidas codificaciones y el posterior impulso doctrinal de la oralidad²³, favorecido por la citada reforma austríaca de KLEIN y la doctrina de WACH²⁴, pero de origen incuestionablemente inglés²⁵.

De ese modo, lo que ocurre en los sistemas de *Civil Law* es que las partes presentan sus escritos de alegaciones, piden prueba que suele ser admitida sin grandes dificultades, e inmediatamente después se practica dicha prueba y se dicta sentencia. En cambio, en el *Common Law*, la demanda y la contestación solamente son pretextos para iniciar el proceso, puesto que la primera batalla importante se libra durante el resto del *pretrial* –no realmente con los escritos iniciales–, convenciendo al juez de que las pruebas ofrecidas van a servir para defenderse en un *trial* al que casi nunca se llega –sólo un 3% de los casos²⁶–. De ese modo, durante dicho *pretrial* se desarrolla un debate procesal de altura, muy activo y con intensa intervención judicial²⁷.

Algo así simplemente no sucede en los procesos del continente. En los procesos del *Civil Law*, la demanda y la contestación son los actos procesales más importantes del proceso, en los que se desarrolla la enorme mayoría de la retórica de los abogados en torno a los hechos y el derecho, y se juega con la casi completa seguridad de que se celebrará prueba, es decir, que se pasará con certeza a la fase siguiente, certeza que no existe en los sistemas del *Common Law*, sino más bien todo lo contrario. En esa fase de alegaciones, el juez tiene un rol completamente pasivo, casi ausente. Además, la prueba posterior tiene en realidad una importancia bastante más secundaria que en el *Common Law*, a pesar de que está ganando alguna relevancia últimamente en ocasiones.

¹⁹Vid. MARCUS, Richard, «Cooperation and Litigation: Thoughts on the American Experience», *Kansas Law Review*, 61, 2013, pp. 821 y ss. WILBERT, Joseph R., «Muzzling Rambo Attorneys: Preventing Abusive Witness Coaching by Banning Attorney-Initiated Consultations with Deponents», *Geo. J. Legal Ethics*, 21, 2008, pp. 1129 y ss.

²⁰KLEIN, Franz, *Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses*, Viena 1900.

²¹§§ 239 y ss de la ZPO austríaca, en su versión de 1895. Actualmente está regulada únicamente en el § 258.

²²Vid. NÖRR, Knut Wolfgang, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Springer, Heidelberg 2012, p. 99.

²³CHIOVENDA, Giuseppe, «Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno», en: *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Roma 1930, pp. 379 y ss. CAPPELLETTI, Mauro, «L'oralità nel processo civile italiano: ideale contro realtà», *Politica del diritto*, III, n. 2, abril 1972, pp. 189 y ss. CAPPELLETTI, Mauro, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Giuffrè, Milano 1962.

²⁴WACH, Adolf, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, T. I, Duncker & Humblot, Leipzig 1885, p. 138.

²⁵BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III, Clarendon Press, Oxford, 1775, pp. 372-373. BENTHAM, Jeremy, *Traité des preuves judiciaires*, Hector Bossange, Paris, 1823, pp. 32-36.

²⁶Según una estadística que recogía los casos entre 2000 y 2018 publicada por Grosvenor Law. <https://www.grosvenorlaw.com/2019/11/14/how-many-civil-cases-actually-go-to-trial/#:~:text=Taking%20an%20average%20of%20the,to%20a%20fully%20contested%20trial>.

²⁷RESNICK, Judith, «Managerial Judge», *Harvard Law Review*, n. 96, 2, dic. 1982, pp. 376 y ss. CHAYES, Abram «The role of the Judge in Public Law Litigation», *Harvard Law Review*, n. 89, 7, mayo 1976, pp. 1284 y ss. TARUFFO, Michele, «Il processo civile di 'civil law' e di 'common law': aspetti fondamentali», *Foro italiano*, 2001, pp. 34 y ss.

Sin embargo, los interrogatorios de partes y testigos del proceso del *Civil Law* ni mucho menos tienen la extensión y profundidad que los del *Common Law*, que están pensados, no para persuadir al juez del *pretrial*, sino a un jurado en el *trial*. Incluso siendo frecuente actualmente, en varios países del *Common Law*, que sea un juez quien dirija el *trial* y dicte la sentencia, los interrogatorios siguen celebrándose exactamente de la misma forma que si hubiera que convencer a un jurado.

Finalmente, quién gana el proceso depende en el ámbito del *Common Law* de cuál de los litigantes crean –insisto, con más o menos matices, crean²⁸– los jueces o los jurados que han alcanzado la cantidad de prueba requerida para vencer. Es lo que se denomina estándares probatorios²⁹. Esos estándares también existieron en el mundo del *ius commune*³⁰, y eran la *semiplena probatio*, la *plena probatio* y la *probatio plenissima* en el proceso penal³¹. También eran, efectivamente, medidas de prueba³² y, a diferencia del *Common Law*, era evidente cuándo concurrían, al menos los dos primeros³³. Sin embargo, el carácter absurdamente rígido de esos estándares del *ius commune* hizo que en Inglaterra³⁴, buscando la racionalidad, (re-)surgiera el sistema de libre valoración de la prueba, después extendido a todo el mundo entre los siglos XIX y XX³⁵. En el fondo, como veremos, esos estándares o medidas de prueba del proceso romano-canónico eran casi idénticos a los estándares del *Common Law*. La razón es que los estándares de prueba anglosajones provenían precisa y directamente de esas medidas de prueba del *solemnis ordo iudiciarius*. Hay pocos secretos en ese sentido.

Vaya por delante que aunque ambos sistemas procesales han experimentado profundas reformas, sin duda el que más se ha alejado del modelo romano inicial, y en realidad del modelo medieval, es el proceso de los países del *Civil Law*, a diferencia de lo que suele afirmarse. El hecho cierto es que en el mundo del *Common Law* el proceso respeta, aun con variaciones relevantes, la estructura del antiguo proceso romano-canónico. Es decir, justo lo contrario de lo que, habitualmente sin decirlo, cree la doctrina tradicionalmente en ambos mundos jurídicos. Hay que insistir en esa idea hasta que se comprenda y se asuma, porque clarificará muchas incógnitas y evitará debates y complejidades absurdas de cara al futuro.

3. Deja de tener sentido la carga subjetiva en el proceso del *Civil Law*

²⁸Vid. CLERMONT, Kevin, «Staying Faithful to the Standards of Proof», *Cornell Law Review*, n. 104, 1457 (2018-2019), p. 17. LAUDAN, Larry, *Truth, Error and Criminal Law*, Cambridge University Press 2006, pp. 83-84. ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S., «Relative Plausibility and Its Critics», *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, no. 1-2, April 2019, pp. 9, 22.

²⁹Vid. TUZET, Giovanni, «Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification», *Artificial Intelligence and Law*, 2020, 28, p. 100. POLI, Roberto, «Gli standard di prova nella giurisprudenza della cassazione civile», *Rivista di Diritto Processuale*, 2, 2023, pp. 462 y ss.

³⁰Reconociéndolos como estándares, LAUDAN, *Truth, Error and Criminal Law*, cit. pp. 81-82. SHAPIRO, Barbara, «Beyond reasonable doubt and probable cause», University of California Press, Berkeley 1991, p. 3.

³¹AZÓN, *Summa Azonis*, Venecia 1581, Lib. III, 1 (de iudiciis), puntos 18 y 19, p. 158.

³²HUBER, Michael, *Das Beweismass im Zivilprozess*, Carl Heymanns Verlag, Köln 1983. ROMME, Oliver, *Der Anscheinbeweis im Gefüge von Beweismass und Beweislast*, Heymann, Köln 1989. SCHERER, Inge, *Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung*, ("Prozessrechtliche Abhandlungen", Bd. 101), Heymann, Köln 1996.

³³BALDO DEGLI UBALDI, *Practica Baldi*, Perugia 1521, folio 39 vuelto. JAUMAR Y CARRERA, Joaquín, *Práctica forense*, Barcelona 1840, pp. 39-45.

³⁴*The Reports of Sir Edward Coke*, London 1826, vol. V, parte IX, Mackalley's case, p. 122. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit. pp. 370-371.

³⁵Ley francesa de 16-21 de septiembre de 1791. Arts. 312 y 342 del *Code d'Instruction Criminelle* de 1808. § 286 ZPO.

La mayoría de los Estados de la Europa continental se vieron compelidos a un proceso de codificación procesal siguiendo la estela de los franceses *Code de procédure civile* (1806) y *Code d’Instruction Criminelle* (1808). En muchos casos se trató solamente de poner en orden las dispersas normas medievales. Sin embargo, además se introdujo, en general, un cambio que fue decisivo en esta materia. Se pasó de una preponderancia del sistema de valoración legal de la prueba a una casi completa desaparición –con excepciones– de este sistema medieval en beneficio de la *intime conviction* proveniente de Francia³⁶, es decir, la libre valoración de la prueba en su denominación germanizada –*freie Beweiswürdigung*–³⁷, que tenía su origen en el sistema procesal inglés³⁸, que había ido superando las antiguas reglas legales del proceso romano-canónico sobre todo por la influencia del proceso por jurados, pero no solamente. En realidad, lo que existió fue también una impronta racionalista proveniente del empirismo inglés³⁹ que se estaba abriendo paso más despaciosamente en el continente.

Conviene fijarse ahora muy de cerca en la tremenda trascendencia de este cambio para la subsistencia de la carga de la prueba, en su variante subjetiva. Antes del tránsito al nuevo sistema, los jueces no valoraban realmente las pruebas, sino que les atribuían valores numéricos y se las iban sumando de manera acrítica a cada parte en la sentencia, en función de quién había presentado cada prueba⁴⁰.

Es muy importante entender que era completamente inexistente la posibilidad de que la prueba presentada por una parte pudiera beneficiar a la otra⁴¹. No existía la figura del testigo hostil, porque no se realizaban interrogatorios de testigos. Lo más que podía pasar es que un testigo designado no compareciera a ratificarse, nada más. No se concebía, porque era imposible, que la prueba presentada por una parte pudiera sumar para la victoria de la otra, lo que hoy es perfectamente posible, como es lógico.

El cambio definitivo sobrevino con la ZPO alemana de 1877. En ese texto legal, en su actual § 286⁴² –originalmente fue el § 259–, se dijeron unas palabras, sobre las que ROSENBERG⁴³ llamó correctamente la atención, pero que nadie realmente ha conseguido traducir en su idea original en idioma alemán, salvo CHIOVENDA⁴⁴, que no tradujo, pero en este caso sí que captó acertadamente el sentido de un término fundamental de difícil traducción a una lengua latina: “*gesamten*”. Dicha norma dice literalmente que el tribunal debe considerar el contenido “conjunto” de las pruebas –*Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme...*–. Pero ese “conjunto”, o global, no quiere decir realmente que deba valorar todas las pruebas a la vez, como se ha solido decir tantas veces, porque ello es imprescindible e inevitable en un proceso que respete la igualdad de partes. Lo que quiere decir esa palabra es que el juez debe valorar las pruebas de

³⁶Ley francesa de 16-21 de septiembre de 1791. Arts. 312 y 342 del *Code d’Instruction Criminelle* de 1808.

³⁷§ 286 ZPO.

³⁸*The Reports of Sir Edward Coke*, London 1826, vol. V, parte IX, Mackalley’s case, p. 122. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit. pp. 370-371.

³⁹HUME, David, *A Treatise of Human Nature*, John Noon, London, 1738.

⁴⁰Vid. JAUMAR Y CARRERA, *Práctica forense*, cit. p. 48. NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit. p. 190.

⁴¹ROSENBERG, Leo, *Die Beweislast*, C.H. Beck, Berlin 1923, pp. 28 y ss.

⁴²§286 Freie Beweiswürdigung 1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.

(2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

⁴³ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit. p. 30.

⁴⁴CHIOVENDA, Giuseppe, *Principi di Diritto Processuale*, Jovene Editore, Napoli 1923, p. 748.

ambas partes sin tener en cuenta quién las ha aportado⁴⁵, como material probatorio global del proceso. De esa manera, obviamente, la prueba de una de las partes puede beneficiar a la otra, que es justamente lo que había sido completamente imposible en el proceso romano-canónico⁴⁶, o sólo lo fue excepcionalmente⁴⁷. Sin embargo, con ese precepto de la ZPO se introdujo el “principio de adquisición”⁴⁸, que supone, precisamente, que ambas partes pueden aprovechar la prueba de la contraria. Y como dijo muy claramente ROSENBERG⁴⁹, con ello desapareció la carga de la prueba en su versión subjetiva.

Sin embargo, quedó un sistema procesal en el que la carga subjetiva de la prueba, denominada *burden of production*⁵⁰, siguió teniendo relevancia: el del *Common Law*, pero sólo en la fase de *pretrial*, como de hecho había sido originalmente también en el proceso romano-canónico. En ese sistema anglosajón, como ya se ha dicho, el juez prácticamente amenaza a las partes de forma, insisto, completamente inquisitiva, para que vayan aportando las pruebas que el propio juez les señala, habitualmente a sugerencia de la parte contraria. Si no lo consiguen, les hará perder el proceso sin llegar al *trial* con el antes citado *summary judgment*⁵¹. Sin duda, en ese sistema tiene sentido todavía la carga subjetiva de la prueba. En cambio, en los sistemas del *Civil Law*, ese sentido no está presente porque la admisión de prueba no tiene, en absoluto, ese papel. Los jueces admiten casi toda la prueba y, además, con la demanda y la contestación se suele aportar ya abundante documentación que, sin duda, va a ser objeto de análisis en la sentencia. No existe una posibilidad de finalización anticipada del proceso por no haber cumplido con la carga subjetiva de la prueba. No hay *summary judgment*, para que se entienda mejor. Incluso en el caso de que fuera evidente que una de las partes no posee prueba para defenderse, se practicará la prueba de la parte contraria y después, sólo después, se dictará la sentencia.

Sin embargo, la doctrina del *Civil Law* reclama y mantiene, con algo de confusión, una especie de significación o rol de la carga subjetiva de la prueba en la sentencia, lo que carece de sentido histórico, como es evidente. La idea de la doctrina sería, aproximadamente, que el hecho de que una de las partes no haya aportado prueba puede servirle al juez para dictar una sentencia en contra de uno de los litigantes, pero sólo en casos en los que no haya prueba, como sostiene buena parte de la doctrina alemana al hablar de la *Beweislosigkeit*⁵².

Pero esta imagen es completamente falsa. alguna prueba siempre hay, aunque sólo se trate de la documentación aportada en la demanda, o incluso la declaración de cada litigante, si se practica. Es inimaginable que los litigantes acudan al proceso sin ofrecer medios de prueba. Ni siquiera los acusados en un proceso penal llegan al mismo sin pruebas en su favor en absoluto, salvo casos excepcionales. E incluso en esos supuestos, al menos en EEUU, se espera del abogado de la

⁴⁵Nuevamente, ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit. p. 30.

⁴⁶NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit. p. 127.

⁴⁷NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit. p. 191.

⁴⁸CHIOVENDA, *Principi di Diritto Processuale*, cit. p. 748.

⁴⁹ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit. p. 30.

⁵⁰Entre otros muchos, REDMAYNE, Michael, «Standards of Proof in Civil Litigation», *Modern Law Review* 62, no. 2, Marzo 1999, p. 172.

⁵¹En el Reino Unido, Civil Procedure Rules. Part. 24. Summary Judgment. En EEUU. Rule 56, Summary Judgment, Federal Rules of Civil Procedure.

⁵²Vid. entre otros, ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit. pp. 35 y 55. LEIPOLD, Dieter, «§286 ZPO», en STEIN; JONAS, *Kommentar zur ZPO*, Tübingen 1997, p. 525. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *Zivilprozessrecht*, C.H. Beck, München 2011, p. 645. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Art. 1214», en Albaladejo (ed.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid 1991, p. 55. ESCALER BASCOMPTE, Ramon, *La carga de la prueba*, Atelier, Barcelona 2017, p. 83.

defensa que se esfuerce en la búsqueda de prueba de descargo⁵³, lo que también es función, por cierto, del ministerio fiscal⁵⁴.

Por tanto, lo que sucede en los sistemas de *Civil Law* es que el juez falla en contra de un litigante, no porque no haya aportado prueba, sino porque la –poca– prueba que ha aportado no le convence, que es muy diferente, lo que se traduce en una pérdida del proceso como consecuencia de que la valoración de la prueba le es adversa al litigante, y no porque “no haya cumplido la carga de la prueba”, al contrario de lo que se dice tantísimas veces en las sentencias, precisamente para que el juez se ahorre la motivación de la valoración de la prueba, que es más compleja.

Lo evidencia, entre muchas otras, una sentencia del Tribunal Supremo español⁵⁵ cuando dice:

«La regulación sobre la carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de non liquet (literalmente, "no está claro") que se establece en los arts. 11.3.º LOPJ y 1.7.º CC, al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba».

Con estas palabras se pone de manifiesto la impresionante mezcla histórica de categorías y nociones que se ha operado en materia de carga de la prueba. Fijémonos que, de acuerdo con la jurisprudencia, la premisa de la que tiene que partir el juzgador es que no están “suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso”, lo que es una cuestión, de entrada, ajena a la carga de la prueba, dado que, en realidad, atañe muy claramente a la valoración de la prueba, es decir, a la formación de la convicción del juez sobre la existencia de un hecho apreciando la prueba que exista sobre el mismo.

Pues bien, a partir de esa convicción, la jurisprudencia cree que hace falta una norma adicional que le diga al juez a quién beneficia la prueba de un hecho y a quién le perjudica su falta. ¿No es ello evidente? Desde luego, en el caso citado lo era, y así de hecho lo declaró la sentencia.

Sólo conservaría un aparente papel la carga subjetiva de la prueba cuando se intentan aplicar esas excepcionales reglas legales que falsariamente obligan a una de las partes a probar un hecho en situaciones muy concretas, como sucede, por ejemplo, con el art. 217. 4 y 5, precepto en el que se dice:

«4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente».

⁵³Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984).

⁵⁴§160.2 StPO: (2) Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist.

⁵⁵STS (Sala 1ª) 829/2021, 30-11-2021, FD 3.

5. En aquellos procesos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por rAZÓN del sexo, la orientación e identidad sexual, expresión de género o las características sexuales, y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

En estos casos, el legislador parece estar utilizando la carga subjetiva de la prueba, y de hecho es seguro que el legislador también lo creía de ese modo, al situar esas normas precisamente en ese precepto. Pero no es así. Obsérvese que en estas disposiciones, lo que hace la ley es recordarle al demandado que debe defenderse en el proceso, cosa que hará con seguridad y, si no lo hace, o lo hace de forma insuficiente, probablemente será condenado porque el juez no creará sus alegaciones fácticas. En el primer caso, el proceso lo habrá entablado un rival comercial que se queja de competencia desleal o publicidad ilícita como consecuencia de alguna información falsa o inexacta sobre su propio producto o el del rival. En ese proceso, existiera o no la norma, no le cabe al demandado otra posibilidad que probar la exactitud de sus informaciones comerciales. Y cuando ofrezca esa prueba y se practique, el juez la declarará creíble o no, pero no utilizando la “carga de la prueba”, sino la valoración de la prueba. Es decir, el juez determinará si le parece creíble la información aportada por el demandado. Y si no se lo parece, no le condenará porque no haya cumplido con su carga de la prueba, porque pruebas, con seguridad, habrá aportado. Ocurrirá que el juez apreciará su suficiencia o insuficiencia, pero eso es valorar la prueba, sin más⁵⁶. A su vez, el demandante también aportará su versión, que tampoco será creída sin más por el hecho de afirmarla, sino que el demandante aportará también evidencias, en este caso de la falsedad. No considerándolas el juez suficientemente convincentes, desestimará la demanda, pero de nuevo, no porque no haya cumplido con su “carga de la prueba”, sino porque valorando la prueba aportada, no le parece creíble cuanto dice el demandante.

En los supuestos de discriminación por rAZÓN de sexo sucede exactamente lo mismo. Fijémonos incluso que en este caso, de manera lógica y completamente prudente, el legislador dice exactamente lo que se acaba de explicar en el párrafo anterior. El demandante debe aportar “*indicios fundados*” sobre la existencia del acto discriminatorio, y el demandado debe presentar prueba sobre la no existencia de discriminación. ¿Podría ser de otro modo su actuación procesal si no existiera esta norma?

Lo mismo sucede en cualquier otro caso. En el contemplado en la Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona de 21 de octubre de 2024⁵⁷ se trataba de un préstamo que el demandante calificó como usuario y, subsidiariamente, que su clausulado era abusivo por falta de transparencia en el cálculo de los intereses remuneratorios. La Audiencia desestimó la pretensión de usura, pero respecto al carácter abusivo, como no apareció el contrato de préstamo firmado años antes, declaró la abusividad estimando que la parte demandada –el banco– no había cumplido su carga de la prueba al no acreditar, con la aportación del contrato, la incorporación de la cláusula al contrato y la transparencia. Pero nuevamente, en este supuesto, si bien se observa, resulta evidente que no es la carga de la prueba la que condena al banco, sino la valoración de la prueba, pues es imposible afirmar que ha cumplido el nivel de transparencia quien ni siquiera aporta el contrato. Es más, el hecho de no aportarlo es un evidente indicio de ocultación, lo que nuevamente vuelve a pertenecer al terreno de la valoración de la prueba, y no de la carga de la prueba. Y es que hay que tener muy en cuenta, porque es crucial, que el banco

⁵⁶Ese es justamente el matiz al que ya se ha acercado mucho RAMOS, “Nuevos debates sobre la “carga” de la prueba. Acuerdos y desacuerdos entre la doctrina sobre el tema”, cit. pp. 97, 100.

⁵⁷SAP Barcelona 706/2024, 21-10-2024.

hizo esfuerzos probatorios a tal efecto⁵⁸, pero el juez considero que al no aportar el contrato, no era posible creerle. Y la creencia, como es obvio, es un tema de valoración de la prueba.

Lo que ha sucedido en estos casos, y se hace evidente leyendo cualquier jurisprudencia⁵⁹, es que los jueces –igual que la doctrina– han arrastrado la noción de carga subjetiva de la prueba del *ius commune*, que a buen seguro estuvo presente en muchas sentencias de procesos que acababan anticipadamente en la primera fase –la fase *in iure*, el *pretrial* del *Common Law*–, o bien que concluían en la segunda –la fase *apud iudicem* o *trial* en el *Common Law*– con una sentencia en la que el juez, en lugar de referirse a una valoración de la prueba que no se hacía bajo el régimen de prueba legal, hablaba en su lugar de “carga de la prueba”. Y de ese modo, si la cantidad de prueba aportada por una parte era inferior a la de la otra⁶⁰, esa primera parte perdía el proceso por no haber cumplido con su “carga de la prueba”, confundiendo con ello además, como vamos a ver, la carga objetiva con la carga subjetiva, que en realidad no se distinguían en ese período histórico⁶¹. De hecho, los jueces actualmente acostumbran⁶² a abordar la explicación de la carga y la valoración de la prueba al revés, como si la segunda derivara de la primera –así fue en el proceso romano-canónico–, dibujando una especie de mapa de alegaciones probatorias con base en la carga subjetiva de la prueba, a partir del cual analizan –cuando lo hacen– la valoración de la prueba aportada por cada parte. Tal modo de proceder es verdaderamente revelador.

Hora es ya de acabar con este absurdo estado de cosas derivado de una larguísima época en la que existió una institución, la valoración de la prueba, de la que los jueces no hacían uso –al menos no frecuentemente⁶³–, por consistir el sistema de “valoración” legal de la prueba justamente en la negación de dicha valoración. Ahora, bajo el régimen de valoración libre, los jueces deben valorar inexcusablemente la prueba, explicando por qué la consideran o no creíble. Y lo hacen en ocasiones, pero obviamente resulta muchísimo más cómodo afirmar tajantemente que la parte vencida “no ha cumplido con su carga de la prueba”, porque de ese modo esa frase pesa como una losa sobre el litigante vencido, ahorrando el juez en muchos casos el esfuerzo de la explicación de su creencia sobre los resultados de la prueba, es decir, la motivación de la valoración de la prueba.

4. La carga objetiva equivale a la valoración de la prueba

Lo ocurrido con la carga objetiva es todavía más extraordinario. En el ámbito del *Civil Law* nació como concepto doctrinal como consecuencia de una inquietud de GLASER⁶⁴ para el proceso penal, consistente en que en dicho proceso no existe la carga subjetiva de la prueba, al poder ser el reo absuelto aunque no aporte prueba alguna, como es sabido. Siendo la condena imposible si no existe prueba o siendo dicha prueba insuficiente, resultaría que dicha acusación se vería perjudicada precisamente por esa falta o insuficiencia de prueba del hecho delictivo. En consecuencia, dicha acusación poseería la carga objetiva –también llamada material– de la prueba.

⁵⁸En concreto, había aportado la incorporación del tipo de interés a los pagos con tarjeta, así como otros contratos similares de la época.

⁵⁹Vid. entre otras SAP Barcelona 699/2024, 17-10-2024.

⁶⁰Recuérdese de nuevo a NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit. p. 190.

⁶¹NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit. p. 127.

⁶²Vid. entre otras SAP Barcelona 699/2024, 17-10-2024.

⁶³NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit. pp. 190-191.

⁶⁴GLASER, Julius, *Handbuch des Strafprozesses*, vol. I, Duncker & Humblot, Berlin 1883, pp. 364-365.

Hay que reconocer que la formulación de GLASER no solamente era confusa, sino que probablemente tenía que ver con el hecho de que la acusación en el proceso penal en Alemania –y en la mayoría de lugares– no está representada por una auténtica parte del proceso⁶⁵, es decir, con alguien con interés propio, sino por una autoridad como el ministerio fiscal. MICHELI⁶⁶ siguió esta orientación y se refirió a la carga objetiva como una especie de deber de probar en quien no tiene interés en el proceso, y que por tanto sería “objetivo” como, efectivamente, le sucede al ministerio fiscal en el proceso penal.

Sin embargo, siendo la anterior conclusión relevante, puede que sea una alteración del propio MICHELI del texto original, mutación derivada de la dificultad interpretativa del escrito de GLASER. Y es que lo que GLASER identificó como “carga material” u objetiva se refería más bien, no a quién debía probar, sino al estudio del nivel de convicción que debe alcanzarse para que se dé por probado un hecho⁶⁷, es decir, lo que en el ámbito del *Common Law* se llama *burden of persuasion*, como se va a explicar enseguida. Como se ve, *a priori* poco o nada que ver con la carga subjetiva de la prueba, lo que hace realmente difícil de entender que se designe con la misma terminología a ambas instituciones –carga objetiva y subjetiva–, cuestión que está relacionada con una confusión histórica, tal vez proveniente de BALDO DE UBALDIS⁶⁸ (s. XIV), pero ya claramente producida en obras anteriores del *ius commune* que trataban esta cuestión de los niveles probatorios al abordar el *onus probandi*⁶⁹. Esa confusión perduró en el tiempo y se hace evidente, por ejemplo, en 1844 en GREENLEAF⁷⁰, que incluye en el estudio de la carga de la prueba, aunque de manera incidental, el análisis de los niveles de prueba, aun dejándolos al arbitrio judicial en cada caso concreto⁷¹, lo que favoreció su posterior desarrollo jurisprudencial. Ese análisis de GREENLEAF estuvo a buen seguro influido por los “*degrees of proving power*” o “*degrees of strength*” de los que ya había hablado BENTHAM⁷².

⁶⁵Vid. PETERS, Karl, *Strafprozeß*, C.F. Müller, Heidelberg 1985, p. 164, ROXIN, Klaus, *Strafprozeßrecht*, C.H. Beck, München 1995, p. 50. KREY, Volker, *Strafverfahrensrecht*, vol. I, Kohlhammer, Stuttgart 1988, p. 146-145.

⁶⁶MICHELI, G.A., *L'onere della prova*, Cedam, Padova 1966, p. 111.

⁶⁷GLASER, *Handbuch des Strafprozesses*, cit., p. 364: „Die materielle Beweislast trifft denjenigen, zu dessen Nachtheil es aus ALLEN muss, wenn für eine bestimmte Angabe, Behauptung oder Annahme entweder überhaupt kein Beweis sich darbietet oder die Beweisführung das Ziel der Herstellung des Beweises nicht erreicht – denjenigen also, den der Nachtheil trifft, welcher daraus entsteht, dass die Thatsache ungewiss bleibt”. El subrayado es mío.

⁶⁸BALDO DEGLI UBALDI, *In primam Digesti veteris partem Commentaria*, Venecia 1586, Lib. IV, Lex XXII, 1 y ss (p. 218 vuelto), y también Lib. III, Lex XLVI, 3 y 4, p. 188.

⁶⁹PACCIANI, Fulvii, *Tractatus cui incumbat onus probandi*, Venecia 1594, Lib. I, Cap. XII, “De praesumptione iuris, et an et quando transferat onus probando in adversarium”, 5 y 6, pp. 29-30: “Et hoc modo debent intellegi omnes Doctores, qui sine ulla distinctione dixerunt, quod praesumptio iuris transfert onus probandi in contrarium, de quibus latiori stylo supra mentionem feci in cap. 8. In prima limitatione huius regulae, & ita etiam intelligendus est Bald. in ultima lectu lectio in si. ff. quod metus causa, ubi dicit, quod praesumptio, aut descendit ab aliquo certo & indubitato principio, & tunc transfert onus probandi, l. sine poſidetis, C. De prob. Aut descendit ab incerto & dubitato, & idem iuris est, l. circa. ff. de probat. l. si liberu, in fine, ff. de lib. causa, alias secus. Quoniam secundum supradicta generalius affirmandum est, quod sive habeat praesumptio certum principium sive incertum, sempre ubi facit plenam probationem, transfert onus probandi in contrarium. Qui vero sint casos, in quibus praesumptio iuris faciat plenam probationem, & in quibus minus plenam, non potest dari certa regula...” Vid. también CRAVETTA, Aimone, *Tractatus de antiquitatibus temporum*, Venecia 1570, Secunda Pars, p. 137 vuelto, 45, 46.

⁷⁰GREENLEAF, Simon, *A Treatise on the Law of Evidence*, vol. I, 2ª ed., Charles C. Little & James Brown, Boston 1844, pp. 93 y ss, p. 13.

⁷¹GREENLEAF, *A Treatise on the Law of Evidence*, cit. vol. I, p. 90: “How far he –the plaintiff– shall proceed in his proof, in anticipation of the defence on that or the other issues, is regulated by the discretion of the Judge, according to the circumstances of the case.”

⁷²BENTHAM, Jeremy, *A treatise on judicial evidence*, London 1825, pp. 41, 62.

Sin embargo, esos niveles de prueba, como ya se explicó, eran propios del proceso romano-canónico y eran sin duda conocidos por la doctrina jurídica inglesa⁷³. La doctrina de aquel *ius commune* estableció, a partir de las afirmaciones de AZÓN⁷⁴, tres grados de fuerza probatoria en función de que la prueba estuviera solamente basada en indicios –*probatio semiplena*–, o bien que consistiera en una confesión, en dos testigos, en un documento público o en un testimonio judicial⁷⁵. En estos cuatro casos, el nivel probatorio recibía el nombre de *probatio plena*.

La distinción entre niveles probatorios era importante. Con la primera –la *semiplena probatio*–, el juez podía dictar sentencia en un proceso civil, lo que equivalía en la práctica a mantener la vigencia de la libre valoración de la prueba de origen romano. La segunda –la *probatio plena*–, construida a través de interpretaciones extensivas del *Codex* de Justiniano⁷⁶, podía servir de refuerzo para dictar sentencia en el proceso civil⁷⁷, y era imprescindible para condenar en el proceso penal. En este último proceso incluso se llegó a requerir un grado superior, la *probatio plenissima*, en casos de muy difícil concreción⁷⁸, pero que probablemente buscaban subrayar la vigencia de la presunción de inocencia⁷⁹. Con el tiempo se desvirtuó el papel de esos estándares incluso por fases del proceso, y se llegó en cualquier proceso, civil o penal, simplemente a sumar el número de pruebas plenas y semiplenas presentadas por cada litigante a los fines de dictar sentencia, lo que derivó en un absurdo aritmético que atribuía la victoria en el proceso a aquel que hubiera sumado más puntos, por ejemplo atribuyendo un punto a cada prueba plena y medio a la semiplena, por bien que los guarismos eran bastante variables y fragmentarios por jurisdicciones y territorios⁸⁰. Sea como fuere, este disparatado sistema matemático acabó anulando en gran medida la libre valoración de la prueba.

Esos niveles o medidas de prueba fueron utilizados por el Derecho canónico⁸¹ también, lo que hizo que llegaran al ámbito del *Common Law*, que no obstante los dulcificó en el sentido de desvirtuar la prueba plena⁸², que se alcanzaba también con la libre convicción del juez, sin estar sujetos los juzgadores al número de dos testigos, por ejemplo⁸³. Sin embargo, quedaron las antiguas categorías y actualmente se conocen los llamados “estándares de prueba”, que son sus herederos directos⁸⁴, y que constituyen el objeto principal de la llamada *burden of persuasion*, que es la denominación que recibe la carga objetiva de la prueba del *Civil Law*. En concreto, actualmente se distinguen habitualmente cuatro estándares. Por orden de peso probatorio, de

⁷³BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit. pp. 370-371.

⁷⁴AZÓN, *Summa Azonis*, Venecia 1581, Lib. III, 1 (de iudiciis), puntos 18 y 19, p. 158.

⁷⁵NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit. pp. 190-191.

⁷⁶Codex, Libro IV, título XX, nº 9, §1: “Simili modo sauximus, ut unius testimonium nemo iudicium in quacunque causa facile patiatu admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatu, etiamsi praeclarae curiae honore praeferat”. Codex, Libro IV, título XXI, nº 15: “In exercendis litibus eandem vis obtinnet tam fides instrumentorum, quam depositiones testium”.

⁷⁷AZÓN, *Summa Azonis*, Lib. IV, 19 (de probationibus), punto 21, p. 318; Lib. IV, 20 (de testibus), puntos 20 y 21.

⁷⁸NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit. p. 129. DURANTE, *Speculum iuris*, Venecia 1602, lib. I, Part. I, *De summaria cognitione*, 1, 2 y 3.

⁷⁹Vid. WITHMAN, James Q., *The Origins of Reasonable Doubt*, Yale Law Library, New Heaven 2008, pp. 114 y ss.

⁸⁰Vid. NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit. p. 190.

⁸¹LESSIUS, L., *De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus*, Antwerpen 1612, Lib. 2, Sec. IV, « De iniuriis in iudiciis », cap. 29, « De Iudice », Dubitatio II, p. 358. LLOBELL, Joaquín, «Moral Certainty in the Canonical Marriage Process», «Forum». *A Review of Canon Law and Jurisprudence*, 8, 1997, pp. 303 y ss. ALISTE SANTOS, Tomás Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid 2018, pp. 309 y ss.

⁸²Vid. *The Reports of Sir Edward Coke*, London 1826, vol. V, parte IX, Mackalley’s case, p. 122.

⁸³BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit. pp. 370-371.

⁸⁴Vid. LAUDAN, L., *Truth, Error and Criminal Law*, Cambridge 2006, pp. 81-82. SHAPIRO, “Beyond reasonable doubt” and “probable cause”, cit. p. 3.

menor a mayor, son la *probable cause*⁸⁵, la *preponderance of evidence*, la *clear and convincing evidence*⁸⁶ y el *beyond any reasonable doubt*.

Salvo uno de ellos –la *clear and convincing evidence*– el resto están literalmente calcados de las medidas de prueba del proceso romano-canónico –respectivamente, *semiplena probatio*, *plena probatio* y *probatio plenissima*–. Se utilizan sobre todo para orientar la intuición de los tribunales –particularmente de los jurados– en torno a que puedan valorar si –literalmente– se sienten más o menos convencidos de un hecho, requiriéndose mayor nivel de convicción para una condena penal –*beyond any reasonable doubt*– o, por ejemplo, para una adopción en el proceso civil –*clear and convincing evidence*–, que en el resto de casos.

En algunos países del *Civil Law* se han mantenido estas antiguas medidas de prueba, pero con menor intensidad. Probablemente donde tienen más aplicación todavía es en Alemania⁸⁷ – *Beweismaß*–, donde se juega con ellas, con varias matizaciones, para orientar a los jueces en casos difíciles en los que se concede credibilidad a las afirmaciones de un litigante con dificultades de prueba, descargándole así del peso probatorio que le correspondería en condiciones normales siguiendo las reglas de la carga objetiva de la prueba, sin llegar a invertir la carga. Son las *Beweiserleichterungen*⁸⁸. También se atribuye menor peso a la demostración del presupuesto de una medida cautelar, por ejemplo –*Glaubhaftmachung*–⁸⁹, que es el equivalente a la *semiplena probatio*. En lo demás, en el proceso civil se sigue el criterio de la *überwiegende Wahrscheinlichkeit*⁹⁰, es decir, la *preponderance of evidence*⁹¹, en el que está inspirado. No obstante, pese a la existencia de categorías, su concreción vuelve a ser predominantemente intuitiva.

Sin embargo, en otros países como España, esas antiguas categorías se han eliminado casi⁹² por completo, o han pasado a ser simplemente expresiones que refuerzan el lenguaje para expresar retóricamente el mayor peso probatorio de un indicio, como sucede con la “prueba plena”, que se suele utilizar de manera completamente impropia. Sólo se conserva, de hecho, el estándar más bajo: la prueba *prima facie* para el *fumus boni iuris* de las medidas cautelares, también llamada “indicios racionales de criminalidad”⁹³ para proceder a la imputación en el proceso penal. La concepción doctrinal es que esa prueba debe ser superficial, de menor entidad, pero no se ofrece mayor concreción al respecto. Puede decirse propiamente que en España esos antiguos estándares realmente se han abandonado, lo que hace verdaderamente impropio que la doctrina siga hablando de “carga objetiva de la prueba” para referirse no se sabe muy bien a qué, confundiendo con enorme frecuencia con la noción de carga subjetiva, como también ha sucedido en la jurisprudencia alemana⁹⁴ ante la tremenda inexactitud de las definiciones doctrinales, pese a su aparente precisión.

⁸⁵GREENLEAF, A Treatise on the Law of Evidence, cit. p. 94.

⁸⁶MURPHY, Peter, *Murphy on Evidence*, Oxford 2005, p. 107.

⁸⁷HUBER, Das Beweismass im Zivilprozess, cit. passim. ROMME, Der Anscheinbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismass und Beweislast, cit. passim.

⁸⁸ROSENBERG; SCHWAB; GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit. p. 770.

⁸⁹SCHERER, Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung, cit. passim.

⁹⁰ROSENBERG; SCHWAB; GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit. (ed. 2018), p. 686.

⁹¹REDMAYNE, “Standards of Proof in Civil Litigation”, cit. pp. 167 y ss.

⁹²Vid. arts. 319 a 323 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁹³Art. 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁹⁴LAUMEN, Hans Willi, (con BAUMGÄRTEL y PRÜTTING), *Handbuch der Beweislast*, Carl Heymanns, Köln 2008, p. 28.

Y es que, en teoría, siempre según la doctrina alemana, la carga objetiva sirve para eliminar el riesgo del *non liquet*, determinando a qué litigante le perjudica la falta de prueba de un hecho⁹⁵, sirviendo la carga subjetiva para concretar qué litigante debe probar activamente un hecho, lo que se relaciona con el principio de aportación de parte⁹⁶. Sucede que tras estas definiciones, tan precisas en apariencia pero tan confusas en su esencia, no es extraño que la propia doctrina alemana diga que la carga subjetiva sigue esencialmente a la objetiva⁹⁷. Lo que resulta difícil entender, a partir de aquí, es la utilidad de mantener las dos categorías⁹⁸, sobre todo si incomprensiblemente se separa –aunque no por todos los autores⁹⁹– el estudio del llamado *Beweismaß* –las medidas de prueba– de la carga objetiva de la prueba¹⁰⁰, dado que es justamente la medida de prueba el contenido de la vertiente objetiva de la carga de la prueba. Y es que el litigante se ve perjudicado por la insuficiencia de prueba, ciertamente, pero lo importante es el estudio de esa insuficiencia, como ya vimos que pareció sugerir GLASER¹⁰¹, y no tanto a quién perjudica, lo que suele ser obvio y, además, efectivamente, acostumbra a coincidir con la carga subjetiva de la prueba.

Dejando ahora de lado esta curiosa cuestión, el problema generalizado de los estándares citados es que son completamente intuitivos, se diga lo que se diga. No hay manera de medirlos, pese a que existan intentos doctrinales reiterados en este sentido, especialmente por parte de algunos¹⁰² filósofos del derecho en España¹⁰³, y de otros juristas en general, en EEUU sobre todo¹⁰⁴. Pero por mucho que intenta afinar la consideración de estos estándares, no logran ir más allá de la categoría de la “experiencia” del juez, que es solamente una manera más amable científicamente de denominar a su intuición, y sin duda con mayor tradición filosófica desde el empirismo inglés.

Sin ningún ánimo de exhaustividad, me referiré solamente a una de esas posiciones más representativas. ALLEN y PARDO¹⁰⁵, en EEUU, a diferencia de otros autores del mismo país, proponen adornar los estándares de características de calidad, graduándolos en función de que posean más o menos de esas características. De ese modo proponen valorar la fuerza de una hipótesis en razón de su coherencia, consistencia –lo que sería una especie de coherencia interna o solidez–, simplicidad, ausencia de lagunas y el número de hipótesis alternativas improbables que hayan debido formularse para sustentar la hipótesis que se acaba teniendo por probada, combinando el estudio de esas características con la sensación de plausibilidad que sienta el juez en función de su propia experiencia, entrando así en un razonamiento de tipo abductivo¹⁰⁶. De

⁹⁵LAUMEN, Handbuch der Beweislast, cit. p. 27.

⁹⁶LAUMEN, Handbuch der Beweislast, cit. p. 42.

⁹⁷LAUMEN, Handbuch der Beweislast, cit. pp. 42-43.

⁹⁸Cfr. MUSIELAK, Hans Joachim, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Berlin 1975, pp. 35-36.

⁹⁹JAUERNIG, Othmar; HESS, Burkhard, *Zivilprozessrecht*, München 2011, p. 205.

¹⁰⁰ROSENBERG; SCHWAB; GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit. (ed. 2018), p. 685.

¹⁰¹GLASER, Handbuch des Strafprozesses, cit., p. 364.

¹⁰²Ni mucho menos todos. Vid. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid 2004. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, «Is it possible to formulate a precise, objective standard of proof? Some questions based on an argumentative approach to evidence», en FERRER BELTRÁN; VÁZQUEZ, Carmen, *Evidential Legal Reasoning: Crossing Civil Law and Common Law Traditions*, Cambridge 2022, pp. 386 y ss.

¹⁰³FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Madrid 2021.

¹⁰⁴Vid. los intentos de CLERMONT, Kevin, «A Theory for Evaluating Evidence Against the Standard of Proof», *Penn State Law Review*, v. 127, 2, 27-1-2023, p. 348, ALLEN, Ronald J., «The Declining Utility of Analyzing Burdens of Persuasion», *Seton Hall Law Review*, vol. 48, n. 4, 2018, pp. 995 y ss, o FERRER BELTRÁN, Jordi, «Prolegomena to a Theory of Standards of Proof», en FERRER; VÁZQUEZ (ed.), *Evidential and Legal Reasoning: Crossing Civil Law and Common Law Traditions*, Cambridge 2022, pp. 395 y ss. SPOTTSWOOD, «Burdens of Proof», en DAHLMAN; STEIN; TUZET (ed.), *Philosophical Foundations of Evidence Law*, Oxford 2021, pp. 108 y ss.

¹⁰⁵ALLEN, R.J.; PARDO, M.S., «Relative Plausibility and Its Critics», cit. p. 16.

¹⁰⁶ALLEN; PARDO, «Relative Plausibility and Its Critics», cit. p. 20.

ese modo, el estándar máximo –*beyond any reasonable doubt*– se alcanzaría cuando la hipótesis de condena contara con todos los criterios de calidad y, además, no existiera ninguna hipótesis absolutoria que el juez pueda considerar plausible. El resto de estándares se alcanzarían disminuyendo progresivamente dichas exigencias.

Es obvio que buena parte de lo indicado solamente intenta guiar la intuición judicial, de la que, además, se hace depender expresamente todo el modelo. Pero a ello hay que añadir que esas características indicadas son todas ellas también claramente intuitivas, sin que resistan un análisis utilizando el método científico. La coherencia es claramente valorable de manera subjetiva, puesto que si los hechos de un proceso encajan o no entre sí, puede ser objeto de un examen íntimamente personal. Lo mismo sucede con la consistencia, puesto que el parámetro de comparación con lo no consistente es la experiencia del propio juez, que se supone análoga a la de cualquier ser humano, como decía BENTHAM¹⁰⁷, lo que es un evidente exceso epistémico. Lo que se considere simple o complejo vuelve a depender del observador y su familiaridad mayor o menor con aquello observado, que también es variable. La ausencia de lagunas en el relato depende muchísimo de la imaginación y suspicacia de cada analista, igual que el número de hipótesis alternativas que literalmente se le ocurran al juez. Todo ello no es más que el producto de su propia creatividad individual, acompañada de la asistencia de los abogados, POLICÍAS o fiscales que trabajen en la causa. Todo ello podría ser un buen inicio para desarrollar una experimentación para comprobar los hechos que interesen en el proceso, como ocurre con cualquier otro experimento. El problema es que todo ello se queda ahí, no exigiéndose de los jueces ningún paso ulterior para la comprobación de esas hipótesis que no sea realizar interrogatorios –que pocas veces dan un fruto científico aprovechable¹⁰⁸– o practicar pruebas periciales cuya calidad científica no se consigue mejorar decisivamente, incluso pese a la formulación de los criterios Daubert¹⁰⁹.

En definitiva, la actividad probatoria en un proceso se queda solamente en los inicios de lo que debiera ser un proceso científico de comprobación de hipótesis. Y de ese modo, resulta realmente muy difícil, por no decir casi imposible, llegar al extremo de graduar la plausibilidad de un relato de hechos. Como mucho se obtiene una sensación de saber, que en nuestros días ya no puede sustentar unas conclusiones judiciales sobre los hechos como si hubiéRAMOS de confiar en el juez como una especie de oráculo, tal y como fue en la antigüedad¹¹⁰, por cierto, incluso al margen de las ordalías¹¹¹.

Con estas bases, reivindicar la existencia y utilidad de la carga objetiva de la prueba suena a simple coartada para legitimar la labor de alguien –el juez– que, en términos propios, acaba trabajando de una manera más similar a un adivino que a un científico. Confundiendo además instituciones. Si la carga objetiva de la prueba tiene la incuestionable finalidad de establecer el grado de credibilidad de los hechos, ¿en qué se diferencia de la valoración de la prueba? ¿No

¹⁰⁷Vuelvo a la original edición francesa, que tal vez expresa mejor la idea que quiso exponer el autor. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, cit. p. 313.

¹⁰⁸Lo explico ampliamente en NIEVA FENOLL, Jordi, «El interrogatorio como pseudociencia», *Actualidad Civil*, n. 5, mayo 2024, pp. Y ss. También publicado en italiano: «La testimonianza nel processo come pseudoscienza», *Foro Italiano*, n. 7-8, julio-agosto 2024, pp. 312 y ss.

¹⁰⁹*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993), *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997), *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

¹¹⁰ASSMANN, Jan, *Ma'at. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten*, München 1995, p. 58.

¹¹¹CHASE, Oscar, *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*, Marcial Pons, Madrid 2011. NOTTARP, Hermann, *Gottesurteilstudien*, De Gruyter, München 1956. PATETTA, Federico, *Le ordalie*, Fratelli Bocca, Torino, 1890. KOHLER, Josef, «Studien über die Ordalien der Naturvölker», *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 5 (1884), pp. 368 y ss.

existe una identidad entre ambas? Siendo así, una de las dos sobra, lo que debería afectar a la carga objetiva, por lo confuso de su denominación sobre todo, que proviene de la época, antes referida¹¹², en que se pesaban las pruebas de cada parte al final del proceso, lo que hacía que también se hablara de *onus* –peso– en esta fase, confundiendo la prueba que debía ofrecer cada parte con el nivel probatorio que debía alcanzar. Todo ello tenía sentido en el sistema de prueba legal. Seguir con esa lógica en el sistema de valoración libre carece de cualquier justificación.

5. ¿Qué queda del concepto?

Puede sorprender la conclusión, pero si la carga subjetiva ya no puede tener vigencia en el proceso del *Civil Law* y la carga objetiva persigue solamente una quimera intuitiva, es decir, un imposible, y además se confunde con la valoración de la prueba, la institución de la carga de la prueba se queda sin espacio doctrinal para seguir hablando de ella, por falta de objeto.

Sin duda, fue el principio de adquisición –derivado del § 286 ZPO– el que acabó con la carga subjetiva de la prueba. La carga objetiva no puede sobrevivir siendo un concepto simplemente intuitivo que además se solapa con otro: la valoración de la prueba. Y en estas condiciones, la única solución razonable es proponer el estudio de la carga de la prueba solamente como categoría histórica, o respetar su análisis en los procesos del *Common Law* en su variante subjetiva –la *burden of production*–, mientras persista la actividad inquisitiva del juez del *pretrial* en esos países, que tal vez debería ser sometida a profunda revisión, sobre todo para intentar suprimir lo mucho que tiene de amenaza, y que no debería existir.

De esa manera, el estudio de la prueba se centrará en su valoración, analizando los métodos científicos para que los medios de prueba obtengan su mejor resultado. Y finalmente, habrá que estudiar también la formulación de conclusiones a través de esos resultados científicos, que alejen la valoración probatoria de la intuición y la acerquen a un lugar del que hasta ahora solamente se han visto destellos en los procesos judiciales: la ciencia.

6. Bibliografía

ALISTE SANTOS, Tomás Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid 2018.

ALLEN, Ronald J., «The Declining Utility of Analyzing Burdens of Persuasion», *Seton Hall Law Review*, vol. 48, n. 4, 2018, pp. 995 y ss

ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S., «Relative Plausibility and Its Critics», *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 23, no. 1-2, April 2019, pp. 9 y ss.

ANDREWS, Neil, *English Civil Justice*, Oxford University Press, 2009-2010.

ASSMANN, Jan, Ma'at. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten, München 1995.

AZÓN, *Summa Azonis*, Venecia 1581.

BALDO DEGLI UBALDI, In primam Digesti veteris partem Commentaria, Venecia 1586.

¹¹²PACCIANI, *Tractatus cui incumbat onus probandi*, cit. Lib. I, Cap. XII, “De praesumptione iuris, et an et quando transferat onus probando in adversarium”, 5 y 6, pp. 29-30.

BALDO DEGLI UBALDI, *Practica Baldi*, Perugia 1521.

BENTHAM, Jeremy, *A treatise on judicial evidence*, London 1825.

BENTHAM, Jeremy, *Traité des preuves judiciaires*, Hector Bossange, Paris, 1823.

BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III, Clarendon Press, Oxford, 1775.

CAPPELLETTI, Mauro, «L'oralità nel processo civile italiano: ideale contro realtà», *Politica del diritto*, III, n. 2, abril 1972, pp. 189 y ss.

CAPPELLETTI, Mauro, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Giuffrè, Milano 1962.

CHASE, Oscar, *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*, Marcial Pons, Madrid 2011.

CHAYES, Abram «The role of the Judge in Public Law Litigation», *Harvard Law Review*, n. 89, 7, mayo 1976, pp. 1284 y ss.

CHIOVENDA, Giuseppe, «Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno», en: *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Roma 1930, pp. 379 y ss.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Principi di Diritto Processuale*, Jovene Editore, Napoli 1923.

CLERMONT, Kevin, «A Theory for Evaluating Evidence Against the Standard of Proof», *Penn State Law Review*, v. 127, 2, 27-1-2023, pp. 348 y ss.

CLERMONT, Kevin, «Staying Faithful to the Standards of Proof», *Cornell Law Review*, n. 104, 1457 (2018-2019), p. 17.

CRAVETTA, Aimone, *Tractatus de antiquitatibus temporum*, Venecia 1570.

D'ALESSANDRO, Elena, «Onere della prova e legge applicabile», *Giurisprudenza Italiana*, noviembre 2018, pp. 2542 y ss.

DURANTE, *Speculum iuris*, Venecia 1602.

ESCALER BASCOMPTE, Ramon, *La carga de la prueba*, Atelier, Barcelona 2017.

FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Madrid 2021.

FERRER BELTRAN, Jordi, «La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario», en NIEVA FENOLL, FERRER BELTRÁN, GIANNINI, *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Madrid 2019, pp. 73 y ss.

FERRER BELTRÁN, Jordi, «Prolegomena to a Theory of Standards of Proof», en FERRER; VÁZQUEZ (ed.), *Evidential and Legal Reasoning: Crossing Civil Law and Common Law Traditions*, Cambridge 2022, pp. 395 y ss.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid 2004.

GINTHER, Matthew; CHENG, Edward K., «Surprise vs. Probability as a Metric for Proof», *Seton Hall Law Review* 48, n. 4, 2018.

GLASER, Julius, *Handbuch des Strafprozesses*, vol. I, Duncker & Humblot, Berlin 1883.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, «Is it possible to formulate a precise, objective standard of proof? Some questions based on an argumentative approach to evidence», en FERRER BELTRÁN; VÁZQUEZ, Carmen, *Evidential Legal Reasoning: Crossing Civil Law and Common Law Traditions*, Cambridge 2022, pp. 386 y ss.

GREENLEAF, Simon, *A Treatise on the Law of Evidence*, vol. I, 2ª ed., Charles C. Little & James Brown, Boston 1844.

HUBER, Michael, *Das Beweismass im Zivilprozess*, Carl Heymanns Verlag, Köln 1983.

HUME, David, *A Treatise of Human Nature*, John Noon, London, 1738.

JAUERNIG, Othmar; HESS, Burkhard, *Zivilprozessrecht*, München 2011.

JAUMAR Y CARRERA, Joaquín, *Práctica forense*, Barcelona 1840.

KASER, Max; HACKL, Karl, *Das römische Zivilprozessrecht*, C. H. Beck, München 1996.

KLEIN, Franz, *Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses*, Viena 1900.

KOHLER, Josef, «Studien über die Ordalien der Naturvölker», *Zeitschrift für vergleichenden Rechtswissenschaft*, 5 (1884), pp. 368 y ss.

KREY, Volker, *Strafverfahrensrecht*, vol. I, Kohlhammer, Stuttgart 1988.

LAUDAN, Larry, *Truth, Error and Criminal Law*, Cambridge University Press 2006.

LAUMEN, Hans Willi, (con BAUMGÄRTEL y PRÜTTING), *Handbuch der Beweislast*, Carl Heymanns, Köln 2008.

LEIPOLD, Dieter, «§286 ZPO», en STEIN; JONAS, *Kommentar zur ZPO*, Tübingen 1997, p. 525.

LESSIUS, L., *De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus*, Antwerpen 1612.

LLOBELL, Joaquín, «Moral Certainty in the Canonical Marriage Process», *«Forum». A Review of Canon Law and Jurisprudence*, 8, 1997, pp. 303 y ss.

MARCUS, Richard, «Cooperation and Litigation: Thoughts on the American Experience», *Kansas Law Review*, 61, 2013, pp. 821 y ss.

MICHELI, G.A., *L'onere della prova*, Cedam, Padova 1966.

MITIDIERO, Daniel, «O Ônus da Prova e seus Inimigos», *Revista de Processo*, vol. 306, 2020, pp. 17 y ss.

MURPHY, Peter, *Murphy on Evidence*, Oxford 2005.

MUSIELAK, Hans Joachim, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Berlin 1975.

NIEVA FENOLL, Jordi, «¿Es tan diferente el proceso civil inglés de los procesos del continente?», *Diario La Ley*, n. 10384, 9-11-2023.

NIEVA FENOLL, Jordi, *Trilogía sobre la carga de la prueba: hacia su abolición*, Palestra, Lima 2024.

NIEVA FENOLL, Jordi, «Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado», *InDret*, 3/2020, pp. 406 y ss,

NIEVA FENOLL, Jordi, «El interrogatorio como pseudociencia», *Actualidad Civil*, n. 5, mayo 2024, pp. Y ss. También publicado en italiano: «La testimonianza nel processo come pseudoscienza», *Foro Italiano*, n. 7-8, julio-agosto 2024, pp. 312 y ss.

NIEVA FENOLL, Jordi, «La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida», *Revista Italo-española de Derecho Procesal*, 2018, n. 1, pp. 1 y ss.

NIEVA FENOLL, Jordi, «Requiem por la carga de la prueba», *Quaestio Facti*, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, n. 4, 2022.

NÖRR, Knut Wolfgang, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Springer, Heidelberg 2012.

NOTTARP, Hermann, *Gottesurteilstudien*, De Gruyter, München 1956.

PACCIANI, Fulvii, *Tractatus cui incumbat onus probandi*, Venecia 1594.

PASSANANTE, Luca, «Per la difesa dell'onere della prova», en Saccoccio; Cacace (ed.), *Europa e America Latina. Due continenti, un solo diritto*, Torino y Milano 2020, pp. 798 y ss.

PATETTA, Federico, *Le ordalie*, Fratelli Bocca, Torino, 1890.

PETERS, Karl, *Strafprozeß*, C.F. Müller, Heidelberg 1985.

POLI, Roberto, «Gli standard di prova nella giurisprudenza della cassazione civile», *Rivista di Diritto Processuale*, 2, 2023, pp. 462 y ss.

RAMOS, Vitor De Paula, «Nuevos debates sobre la “carga” de la prueba. Acuerdos y desacuerdos entre la doctrina sobre el tema», en Bejarano; Rojas; León, *Lecciones constitucionales de Derecho probatorio*, Tomo III, 2022, pp. 92 y ss.

REDMAYNE, Michael, «Standards of Proof in Civil Litigation», *Modern Law Review* 62, no. 2, Marzo 1999, pp. 167 y ss.

RESNICK, Judith, «Managerial Judge», *Harvard Law Review*, n. 96, 2, dic. 1982, pp. 376 y ss.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, *La carga de la prueba en supuestos de discriminación. Su regulación en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia 2020.

ROMME, Oliver, *Der Anscheinbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismass und Beweislast*, Heymann, Köln 1989.

ROSENBERG, Leo, *Die Beweislast*, C.H. Beck, Berlin 1923.

ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter, *Zivilprozeßrecht*, C.H. Beck, München 2011.

ROXIN, Klaus, *Strafprozeßrecht*, C.H. Beck, München 1995.

SCHERER, Inge, *Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung*, ("Prozessrechtliche Abhandlungen", Bd. 101), Heymann, Köln 1996.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Art. 1214», en Albaladejo (ed.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid 1991, pp. 55 y ss.

SHAPIRO, Barbara, «*Beyond reasonable doubt and probable cause*», University of California Press, Berkeley 1991.

SPOTTSWOOD, «Burdens of Proof», en DAHLMAN; STEIN; TUZET (ed.), *Philosophical Foundations of Evidence Law*, Oxford 2021, pp. 108 y ss.

TARUFFO, Michele, «Casi una introducción», en NIEVA FENOLL, FERRER BELTRÁN, GIANNINI, *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Madrid 2019, pp. 18-21.

TARUFFO, Michele, «Il processo civile di 'civil law' e di 'common law': aspetti fondamentali», *Foro italiano*, 2001, pp. 34 y ss.

The Reports of Sir Edward Coke, London 1826, vol. V, parte IX, Mackalley's case, p. 122.

TUZET, Giovanni, «Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification», *Artificial Intelligence and Law*, 2020, 28, p. 100.

WACH, Adolf, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, T. I, Duncker & Humblot, Leipzig 1885.

WILBERT, Joseph R., «Muzzling Rambo Attorneys: Preventing Abusive Witness Coaching by Banning Attorney-Initiated Consultations with Deponents», *Geo. J. Legal Ethics*, 21, 2008, pp. 1129 y ss.

WITHMAN, James Q., *The Origins of Reasonable Doubt*, Yale Law Library, New Heaven 2008.

Personalidad jurídica del Mar Menor y cambio de paradigma interpretativo del medio ambiente: consideraciones críticas de la STC 142/2024

Sumario

La Ley 19/2022, de 30 de septiembre, ha reconocido personalidad jurídica al Mar Menor y su cuenca, introduciendo en nuestro Derecho, y consecuentemente en Europa, un paradigma interpretativo ecocéntrico en lo que a la protección del medio ambiente se refiere, considerando a dicho ecosistema titular de derechos en beneficio propio. El Tribunal Constitucional ha considerado conforme con la Constitución el referido cambio de paradigma en la reciente STC 142/2024, de 20 de noviembre. Sin embargo, la fundamentación ofrecida por el máximo intérprete de la Constitución en este pronunciamiento no tiene la solidez que es dable esperar del máximo intérprete de la Constitución cuando se trata de justificar una cuestión tan relevante como es el cambio de paradigma en la interpretación de los derechos, concretamente del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado.

Abstract

Law 19/2022, of 30 September, has recognised the legal personality of the Mar Menor and its basin, introducing in our Law, and consequently in Europe, an ecocentric interpretative paradigm as far as environmental protection is concerned, considering this ecosystem to be the holder of rights for its own benefit. The Constitutional Court has considered this change of paradigm to be in accordance with the Constitution in the recent STC 142/2024, of 20 November. However, the reasoning offered by the highest interpreter of the Constitution in this pronouncement does not have the solidity that is to be expected from the highest interpreter of the Constitution when it comes to justifying such a relevant issue as the change of paradigm in the interpretation of rights, specifically the right to enjoy an adequate environment.

Title: *Legal personality of the Mar Menor and change of paradigm in the interpretation of the environment: critical considerations of STC 142/2024*

Palabras clave: Mar Menor, personalidad jurídica, medio ambiente, paradigma ecocéntrico, paradigma antropocéntrico, artículo 45 CE.

Keywords: Mar Menor, legal personality, environment, ecocentric paradigm, anthropocentric paradigm, article 45 CE.

DOI: 10.31009/InDret.2025.i3.14

3.2025

Recepción

14/05/2025

-

Aceptación

11/06/2025

-

1. Introducción**2. ¿Cuáles son las razones por las que el legislador ha decidido personificar al Mar Menor y su cuenca?****3. Breve exégesis del contenido de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica al Mar Menor y su cuenca.****4. Valoración crítica del cambio de paradigma en la interpretación del medio ambiente contenido en la sentencia del Tribunal Constitucional 142/2024.**

4. 1. El artículo 45 como marco constitucional de referencia.

4. 2. Conformidad de la Ley 19/2022 a lo dispuesto en el art. 45 CE.

4. 3. Consideraciones críticas sobre la doctrina jurisprudencial contenida en la STC 142/2024 en lo que al cambio de criterio interpretativo del art. 45 CE se refiere: insuficiente fundamentación.

a. Jurisprudencia consolidada del TC en torno a la interpretación del art. 45 CE en sentido antropocéntrico.

b. Compatibilidad entre la concepción antropocéntrica del medio ambiente y su efectiva protección.

c. Falta de lógica en la justificación del cambio de paradigma.

d. Cambio de paradigma e incongruente respaldo en el reconocimiento de derechos a la naturaleza, en general, y a espacios naturales, en particular, en ordenamientos jurídicos ajenos a nuestra tradición jurídica y cultural.

e. Cambio de paradigma e incongruente respaldo en el Derecho Europeo.

5. Conclusiones**6. Bibliografía**

-

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

1.Introducción

La protección adecuada del medio ambiente es un tema que desde hace ya muchos años preocupa a prácticamente toda la comunidad internacional. No puede extrañar, por tanto, el surgimiento de movimientos ecologistas que tratan de presionar tanto a nivel interno estatal como a nivel internacional con la finalidad de preservar un medio ambiente saludable. Y las informaciones que van apareciendo continuamente en los mass media sobre aquel son poco halagüeñas hasta tal punto que, por ejemplo, la noción de cambio climático parece haberse instalado con carácter definitivo en la mente de todos los habitantes del planeta, como si de una situación inevitable se tratase. A este respecto son sumamente ilustrativas las declaraciones de la Secretaria General de la OMM, Celeste Saulo, que en el momento de escribir estas líneas aparecen recogidas en el Diario el País, advirtiendo sobre el hecho de que “los indicadores del calentamiento son alarmantes”¹.

Ciertamente, la mayor parte de los Estados están llevando a cabo políticas medioambientales a efectos de frenar el deterioro de nuestro medio ambiente, pero entre los intentos por detener dicho deterioro es de destacar el reconocimiento en el ordenamiento jurídico de algunos países de la región andina de la naturaleza como sujeto de derechos. En efecto, el caso más paradigmático es el de Ecuador, el cual en su norma fundamental, en su Constitución de 2008, establece una serie de derechos a favor de la naturaleza. Basta echar un vistazo a la Constitución de Montecristi para darse cuenta que en ella los temas relacionados con la naturaleza, con el medio ambiente, ocupan un lugar destacado². La precitada Constitución es la primera en la Historia que atribuye derechos a la Naturaleza, de tal forma que con la misma, y esto es lo importante, se produce un cambio de paradigma en lo que a la titularidad de derechos se refiere: se abandona el paradigma antropocéntrico para pasar a un paradigma biocéntrico³.

¹ El País digital de 19 de marzo de 2025.

² A pesar de lo expuesto *supra*, no podemos pasar por alto que el reconocimiento de derechos a la naturaleza en la Constitución ecuatoriana, además de tener como finalidad la protección de la misma, se alzaba como una reacción radical contra el sistema económico capitalista, al que las clases populares y, sobre todo, las comunidades indígenas culpaban del extractivismo despiadado de los recursos naturales de la Amazonía y, por tanto, de los daños ambientales producidos a la misma. Como con acierto ha puesto de manifiesto Viciano Pastor, la Constitución ecuatoriana de 2008 fue el resultado de un ímpetu democrático desconocido hasta entonces en la región y de un proceso constituyente abierto, participativo y refrendado por el pueblo. Y añade este autor, que al ser expresión de las fuertes demandas democráticas del momento, la Constitución fue enriquecida por exigencias y realidades concretas, históricamente asentadas en el país andino con clara intención de subvertir aquella posición de subordinación al sistema mundo-capitalista. Es una Constitución transformadora, interventora y, desde su democraticidad, se arma con mecanismos de participación y expresión popular como el revocatorio de mandato, los mecanismos de participación popular o los intentos, no conseguidos en la práctica de independizar los órganos de control jurisdiccional y social de la manipulación por las élites políticas. Por ello, esta Constitución tiende a reforzar al Estado, a repensarlo desde categorías democráticas y transformadoras, para así adaptarlo a los renovados objetivos de intervención y cambio de un *status quo* socioeconómico y geoestratégico del que ahora se tiene plena conciencia de su profunda injusticia y desigualdad. No puede, por tanto, entenderse esta Constitución sin la gran desigualdad que lastra a la Región y que opera tanto desde las élites extractivas locales como desde las relaciones centro-periferia del sistema mundial. Vid. “La problemática constitucional del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución del Ecuador”, *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Universidad Libre, Bogotá, 2019, pág. 140 y ss.

³ No puede resultar por ello extraño que Alberto Acosta haya afirmado que al integrar los derechos de la naturaleza en la Constitución se marcó un hito histórico en el país y en el constitucionalismo mundial. Vid., “Construcción constituyente de los derechos de la naturaleza. Repasando una historia con mucho futuro”

Si bien los derechos de la naturaleza se consagran al máximo nivel normativo en Ecuador, en otros países de la región andina, como Bolivia, también se han reconocido derechos de la naturaleza a nivel legal pero no a nivel constitucional. No podemos compartir, pues, la opinión de aquellos autores que consideran que la Constitución boliviana de 2009 ha seguido los mismos pasos que la ecuatoriana, porque, por más que en el Preámbulo de la misma se haga referencia a la Madre Tierra y al buen vivir (preámbulo constitucional que, por tanto, carece de valor jurídico), en la parte dispositiva de la misma no se reconocen derechos de la naturaleza, sino simplemente el derecho de las personas a disfrutar de un medio ambiente sano. Ahora bien, en Bolivia si existen Leyes atinentes a los derechos de la naturaleza tal como la Ley 71, de 21 de diciembre de 2010, de derechos de la Madre Tierra y la Ley 300, de 15 de octubre de 2012, marco de la Madre Tierra.

El reconocimiento de los derechos a la Naturaleza por parte del ordenamiento jurídico de estos países de la región andina ha llevado a la doctrina jurídico-política latinoamericana a hablar de nuevo constitucionalismo latinoamericano⁴. Sin embargo, no podemos pasar por alto que este fenómeno de considerar a la naturaleza como sujeto de derechos no es propio solamente de la región andina. Así, por ejemplo, en Nueva Zelanda, su Parlamento, y como consecuencia de las reivindicaciones desde hace más de un siglo en este sentido de las tribus indígenas maoríes, ha aprobado en la última década leyes reconociendo personalidad jurídica al Parque Nacional Te Urewera en 2014 y al río Whanganui en 2017 a través de Te Urewera Act 2014 (27 de julio de 2014) y Te awa tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017 (20 de marzo de 2017), respectivamente. Igualmente, ha habido intentos, aunque frustrados, de reconocer derechos a los grandes lagos de Nueva York en Estados Unidos⁵ y a los ríos Ganges y Yamuna en la India⁶.

El reconocimiento de derechos a la Madre Tierra o Pachamama ha tenido también su proyección en el ámbito internacional. Así, en el marco de Naciones Unidas se ha debatido sobre la necesidad de que el Derecho proteja los derechos de la naturaleza, habiéndose instado por varios países latinoamericanos a que por parte de dicha instancia internacional se adopte una Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra al estilo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Declaración Universal de los derechos de la Madre Tierra que ya se adoptó el 20 de abril de 2010, en Cochabamba (Bolivia) en la Conferencia Mundial de los pueblos sobre el cambio climático y los derechos de la Madre Tierra. E igualmente, y aunque sus decisiones no sean vinculantes desde una perspectiva jurídica, sino que simplemente tienen un valor ético, se ha creado el Tribunal permanente por los derechos de la Naturaleza y de la Madre Tierra cuya misión es *“promover el respeto universal y la garantía de los derechos establecidos en la Declaración*

en *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Universidad Libre, Bogotá, 2019, pág. 156.

⁴ Vid. en este sentido, Wolkmer, Antonio Carlos, Wolkmer, María de Fátima, y Ferazzo, Debora, “Derechos de la naturaleza: por un paradigma político y constitucional desde la América Latina”, en *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Universidad Libre, Bogotá, 2019, pág. 73.

⁵ En 2023 se presentó un proyecto de Ley con el nombre de Declaración de derechos de los grandes Lagos en el Estado de Nueva York, que no llegó a superar la fase de comisión.

⁶ En marzo de 2017 el Tribunal superior del Estado indio de Uttarajand declaró que el río Ganges y su afluente más importante, el río Yamuna so entidades jurídicas con derechos; pero esta decisión fue anulada por el Supremo Tribunal del Estado al considerar que los precitados ríos no podían ser conceptuadas como entidades vivas.

Universal de los Derechos de la Madre Tierra, con el fin de promover una coexistencia armónica entre los seres humanos y el resto de seres de la naturaleza”.

También en Europa se han dejado sentir las voces en defensa de reconocer derechos a la naturaleza. En efecto, en 2017 Nature’s Rights, una organización sin ánimo de lucro, propuso a través de la abogada y fundadora de la misma, Mumta Ito, una iniciativa ciudadana europea con la finalidad de presentar un proyecto de Directiva de la Unión Europea a efectos de que los derechos de la naturaleza pasaran a formar parte de la legislación europea. Dicha iniciativa, esto es, el proyecto de directiva se dio a conocer al Parlamento Europeo con el propósito de que se incluyeran los derechos de la naturaleza en la agenda legislativa de la Unión Europea para 2017. Se pretendía que dicha iniciativa pudiera servir de marco para el establecimiento de los derechos de la naturaleza en Europa, sin que tal propósito se haya conseguido puesto que los derechos de la naturaleza no se han incorporado a la legislación de la Unión⁷.

Es justamente en este ambiente favorable al reconocimiento de los derechos de la naturaleza en el que ha aprobado en España la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica al Mar Menor y su cuenca⁸, la cual recientemente ha obtenido el aval por parte del más alto de nuestros tribunales en la STC 142/2024; sentencia cuya fundamentación carece de la solidez que es dable esperar del máximo interprete de la Constitución cuando se enfrenta a una cuestión ciertamente trascendente como es el cambio de paradigma en la interpretación de los derechos. El objeto de este trabajo es precisamente analizar la jurisprudencia contenida en dicho pronunciamiento en lo que al cambio de paradigma se refiere.

⁷ Destacan Soro Mateo y Alvarez Carreño, la existencia también en el ámbito de la Unión Europea la publicación en 2020 del estudio Towards an EU Charter of the fundamental Rights of Nature. Como su propio nombre indica, este estudio, elaborado por la organización Nature Rights, trata de proponer una Carta Europea de derechos fundamentales de la Naturaleza lo que puede proporcionar, al decir de la citada organización, a la Unión Europea una gran oportunidad para asumir el liderazgo en la configuración de los cambios sistémicos a largo plazo para transformar nuestro mundo. Y llaman la atención estos autores sobre el hecho de que lo más relevante de este estudio es que sus autores pretenden que los derechos de la Naturaleza se incorporen al Derecho de la Unión Europea, lo cual podría hacerse de dos formas: la primera, la posibilidad de incorporar una Carta de los derechos de la naturaleza a los Tratados de la Unión Europea (art. 48 del TFUE); la segunda, la posible adopción de la mencionada Carta por el Consejo, la Comisión y el Parlamento como acto no legislativo interinstitucional, convirtiéndose, por tanto, en un instrumento a utilizar por los operadores jurídicos para interpretar el Derecho vigente desde una perspectiva ecológica. Ahora bien, Soro Mateo y Alvarez Carreño son muy críticos con esta propuesta de Carta de los Derechos de la Naturaleza. Y ello porque en su opinión este documento no incluye derechos de la naturaleza, sino deberes, prohibiciones y derechos, tales como el derecho de no regresión, el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la indemnización de daños y perjuicios, el derecho a la ciencia y el derecho a la educación ambiental y climática. Y ello, en su opinión, porque se es consciente de que la formulación de los derechos hará perder a la Carta cualquier posibilidad de ser adoptada, dado el desajuste que ello supondría con los ordenamientos jurídicos europeos donde pretendiera ser aplicada, aunque fuera con carácter interpretativo. Vid. “Derechos de la naturaleza y Constitución; a propósito del caso de la laguna del Mar Menor”, en *REAF-JSG* nº 39, 2024, pág. 64 y ss.

⁸ Como con acierto señalan Soro Mateo y Alvarez Carreño, no cabe duda de que esta ley surge en un contexto de auge de la teoría de los derechos de la naturaleza, presente en los debates doctrinales jurídicos. *Ibidem*, pág. 64. De manera similar, Marie Christine Fuchs ha considerado que la ley española por la que se concede personalidad jurídica al Mar Menor y a su cuenca es una pieza más en el mosaico de un movimiento global hacia una justicia ecológica, que trata de encontrar respuestas jurídicas contundentes en tiempos de crisis ecológicas. Vid. “Los derechos de la Naturaleza llegan a Europa. Luces y sombras en el caso del mar Menor en España”, *Agenda Estado de Derecho* de 13 de febrero de 2023.

2. ¿Cuáles son las razones por las que el legislador ha decidido personificar al Mar Menor y su cuenca?

Como de todos es sabido, el Mar Menor es una laguna costera del mar Mediterráneo, del que, sin embargo, está separado físicamente por una especie de espigón de arena conocida como la Manga⁹. De hecho, es la mayor laguna costera salina de Europa, alcanzando una extensión de 135 kilómetros cuadrados y una profundidad media de 4 metros y máxima de 7 metros.

La degradación ecológica de este espacio natural dio lugar a la formación de una plataforma denominada “ILP Mar Menor, derechos para el Mar” cuya finalidad era otorgar una “efectiva protección” al Mar Menor mediante la concesión de personalidad jurídica a este ecosistema; de esta forma, el Mar Menor pasaría de ser objeto a disposición del hombre y en su beneficio a convertirse en sujeto de derechos. La iniciativa legislativa popular tuvo, justamente, su origen en esta plataforma; iniciativa que fue admitida a trámite por la Mesa del Congreso. Probablemente, el apoyo popular que recibió la misma (más de 500.000 firmas¹⁰) así como su finalidad(“efectiva protección” del ecosistema tratando de evitar su calamitosa situación ambiental), tuvo como consecuencia que nuestros parlamentarios, a excepción del grupo parlamentario de VOX, votaran a favor de la proposición de ley sin prestar especial atención a la importancia de lo que se ventilaba con la misma: un cambio de paradigma en la interpretación de los derechos y, consecuentemente, su difícil encaje en el texto constitucional¹¹. Sea como fuere, lo cierto es que el 3 de octubre de 2022 se publicaba en el BOE la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca, la cual, haciendo uso el legislador de una pésima técnica legislativa, entraba en vigor el mismo día de su publicación. Se trata, desde luego, de un hecho histórico tanto en España como en Europa puesto que con la misma se introduce en nuestro país y, por ende, en la región europea, un enfoque ecocéntrico en la interpretación de los derechos, alejándose de la interpretación antropocéntrica propia de la concepción liberal y que es la que rige en el continente europeo¹².

⁹ La Manga, conocida precisamente como Manga del Mar Menor, es una especie de espigón de arena de un kilómetro y medio de anchura aproximadamente y 22 kilómetros de longitud.

¹⁰ De esta forma se denota como ha calado en la conciencia social la pésima situación ecológica del Mar Menor. De hecho, y como señala el Preámbulo de la Ley, se crearon en la Región de Murcia “*diversas plataformas ciudadanas que reúnen a asociaciones vecinales, organizaciones ecologistas, colectivos profesionales, fundaciones culturales, etc. que reivindican medidas para recuperar y proteger este ecosistema y que el 30 de octubre de 2019 celebraron en la ciudad de Cartagena una multitudinaria manifestación con más de 55.000 personas, solicitando medidas para salvar el Mar Menor*”.

¹¹ En relación con este tema, señala Lozano Cutanda que el reconocimiento de personalidad jurídica a un ecosistema natural hubiera requerido un análisis más detenido, y no una tramitación por el procedimiento de urgencia de la proposición de ley por la que se convertía en sujeto de derechos al Mar Menor y su cuenca, olvidando nuestros representantes parlamentarios que por muy grave y urgente que sea un problema, su solución debe adoptarse dentro del marco constitucional. Vid. “La declaración del Mar Menor y su cuenca como persona jurídica: un embrollo jurídico”, en *Novedades CESCO. La personalidad jurídica del mar Menor*, octubre de 2022 pág. 1.

¹² Como con acierto señala García Guijarro, la ley por la que se reconoce personalidad jurídica al Mar Menor introduce en nuestro Derecho una regulación de calado y significación suficientes como para modificar el paradigma jurídico-relacional entre el ser humano y la naturaleza. Vid. “El encaje jurídico-constitucional de la personalidad jurídica del Mar Menor y su cuenca”, en *Cuadernos Constitucionales*, nº 4, 2023, pág. 104. De manera similar, Alenza García señala que la Ley 19/2022 es, sin duda, una ley histórica por su finalidad (convertir en sujeto de derechos a un ecosistema natural), por su origen y tramitación (es fruto de una

No puede resultar por ello extraño que cierto sector doctrinal haya calificado a esta norma como hito legislativo inédito¹³.

En el Preámbulo de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, es donde encontramos las razones por las cuales el legislador ha decidido otorgar personalidad jurídica al Mar Menor y su cuenca. Así, en el primer párrafo del Preámbulo se contienen dos razones de índole pragmática: en primer lugar, la más que delicada situación por la que pasa el ecosistema lagunar y, en segundo lugar, la falta de eficacia de las normas jurídicas de Derecho ambiental, tanto nacionales como autonómicas, en la protección de aquel. Establece textualmente el primer párrafo del Preámbulo: *“Los motivos por los que se aprueba esta ley son dos: Por un lado, la grave crisis que en materia socio-ambiental, ecológica y humanitaria viven el Mar Menor y los habitantes de sus municipios ribereños; por otro lado, la insuficiencia del actual sistema jurídico de protección, a pesar de las importantes figuras e instrumentos de carácter regulador que se han ido sucediendo a lo largo de los últimos veinticinco años”*.

En relación con la primera de estas razones, Teresa Vicente Giménez y Eduardo Salazar Ortuño, Profesores en la Universidad de Murcia y promotores de la Iniciativa Legislativa Popular, han puesto de manifiesto las causas que han llevado a la desastrosa situación ecológica del Mar Menor, entre las que se encuentran los planes de urbanismo incontrolado, la agricultura y ganadería intensivas, la actividad histórica de la minería, los deficientes sistemas de alcantarillado de los municipios ribereños así como otras actividades de usos intensivos del territorio de su cuenca¹⁴. Si a ello se une, como segunda razón, la ineficacia de las normas estatales, autonómicas y locales existentes, habida cuenta, en opinión de esta autora, de la falta de coordinación de las distintas Administraciones competentes así como de la falta de aplicación de las referidas normas, la situación límite en la que, desde una perspectiva ecológica, se encuentra el Mar Menor no puede resultar extraña¹⁵. En cualquier caso, lo que importa destacar

iniciativa legislativa popular y fue tramitada de urgencia con el voto casi unánime del Congreso) y por su contenido (atribuye cuatro derechos a la laguna y otorga una acción pública para su defensa). Vid., “Sobre los aparentes derechos reconocidos al Mar Menor. A propósito de la STC 142/2024 sobre la ley que reconoce personalidad jurídica al Mar Menor”, *Revista de Administración Pública*, nº 226, 2025, págs. 157 y 158.

¹³ Vid. Soro Mateo, Blanca, Álvarez Carreño, Santiago Manuel y Pérez de los Cobos, Elisa, “El reconocimiento de personalidad jurídica y derechos propios al Mar Menor y su cuenca como respuesta a la crisis del derecho ambiental”, *Anuario de Derecho Ambiental. Observatorio de políticas ambientales*, 2023, pág. 990.

De manera similar, Alenza García señala que la Ley 19/2022 es, sin duda, una ley histórica por su finalidad (convertir en sujeto de derechos a un ecosistema natural), por su origen y tramitación (es fruto de una iniciativa legislativa popular y fue tramitada de urgencia con el voto casi unánime del Congreso) y por su contenido (atribuye cuatro derechos a la laguna y otorga una acción pública para su defensa). Vid., “Sobre los aparentes derechos reconocidos al Mar Menor. A propósito de la STC 142/2024 sobre la ley que reconoce personalidad jurídica al Mar Menor”, *Revista de Administración Pública*, nº 226, págs. 157 y 158.

¹⁴ Vid. “La ILP para el reconocimiento de personalidad jurídica y derechos propios al Mar Menor y su cuenca”, en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. XIII, nº 1, 2022, pág. 3.

¹⁵ Vicente Giménez y Salazar Ortuño describen la ineficacia de la protección jurídica del Mar Menor, señalando que a través de instituciones propias del Derecho Administrativo, la laguna costera ha sido objeto de regulación como bien de dominio público marítimo-terrestre y ha dependido para su protección, de la planificación y gestión del dominio público hidráulico, de la ordenación del territorio adyacente, de la pesca, de las actividades náuticas, del turismo, de la minería, de las actividades agropecuarias en su entorno y al adquirir la condición de espacio natural protegido, de sus políticas de conservación. Los diferentes regímenes jurídicos aplicables, a juicio de estos autores, generan competencias concurrentes de las Administraciones estatal, autonómica y local, lo que ha supuesto un deber de coordinación que, por su débil ejercicio, ha perjudicado a la eficacia en la preservación de este singular ecosistema. Tras el colapso

ahora es que el legislador motiva básicamente su proceder al personificar a un ecosistema en razones pragmáticas.

Pero no solo justificará su proceder en motivos pragmáticos, sino que también en el Preámbulo se vislumbra la justificación del reconocimiento de personalidad jurídica al Mar Menor y su cuenca en base a razonamientos ecoteológicos. No otra cosa es posible deducir cuando en aquella habla de ampliar derechos a los entes naturales con base en las “*evidencias aportadas por las ciencias de la vida y del sistema tierra*”, calificando a la laguna del Mar Menor como “sujeto espiritual”¹⁶.

De la misma forma, y al lado de los motivos pragmáticos y ecoteológicos, el legislador también trata de justificar el paso de un paradigma antropocéntrico a un paradigma ecocéntrico en la interpretación del derecho a un medio ambiente adecuado a través de una motivación jurídica, en concreto a través de la jurisprudencia contenida en la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1990. En efecto, según reza el Preámbulo, en dicho pronunciamiento, el artículo 45 de la Constitución ha sido interpretado por el alto Tribunal en el sentido de que el ser humano es un elemento más, una parte integrante, de la Naturaleza y no como un ser dominante que pone a aquella a su servicio¹⁷.

Ciertamente, los motivos aducidos en el Preámbulo de la Ley carecen de la consistencia necesaria para fundamentar de manera adecuada la personificación de la laguna del Mar Menor y su cuenca, o lo que es lo mismo, para fundamentar de manera adecuada el giro de enfoque en lo que a la interpretación del derecho al medio ambiente se refiere: el paso de un enfoque antropocéntrico a un enfoque ecocéntrico. En este sentido, y por lo que se refiere a la falta de efectividad del

ecológico del Mar Menor en 2016, señala Vicente Giménez, que se adoptaron nuevas medidas legislativas que tampoco consiguieron la consecución de sus fines, tanto por su limitada capacidad transformadora como por su inaplicación. Y entre estas leyes son de destacar la Ley 1/2018, de 7 de febrero, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad en el entorno del Mar Menor, la cual ha sido derogada por la Ley 3/2020, de 27 de julio, de recuperación y protección del Mar Menor. *Ibidem*, pág. 9 y 10.

¹⁶ Dispone textualmente a este respecto el Preámbulo de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre: “*De acuerdo con la propuesta de una interpretación ecocéntrica de nuestro ordenamiento jurídico, señalada tanto por el alto Tribunal como por algunos operadores jurídicos, se debe ampliar la categoría de sujeto de derecho a las entidades naturales, con base en las evidencias aportadas por las ciencias de la vida y del sistema tierra. Estas ciencias permiten fundamentar una concepción del ser humano como parte integral de la naturaleza, y nos obliga afrontar la degradación ecológica que sufre el planeta tierra y la amenaza que eso conlleva para la supervivencia de la especie humana.*”

La declaración de la personalidad jurídica del Mar Menor y su cuenca permitirá una gobernanza autónoma de la laguna costera, entendida como un ecosistema merecedor de protección en si mismo, una novedad jurídica que potencia un tratamiento dado hasta ahora: la laguna pasa de ser un mero objeto de protección, recuperación y desarrollo, a ser un sujeto inseparablemente biológico, ambiental, cultural y espiritual.”

¹⁷ Establece textualmente el Preámbulo de la Ley: “*El gran desafío que tiene hoy el derecho ambiental es lograr la protección efectiva de la naturaleza y de las culturas y formas de vida humana que están estrechamente asociadas a ella, como sucede con los municipios ribereños de la laguna del Mar Menor. En este sentido, se hace necesario interpretar el derecho aplicable y los sujetos dignos de protección jurídica de conformidad al profundo grado de degradación ecológica en que se encuentra el Mar Menor. El artículo 45 de nuestra Constitución ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en el sentido de que es la Naturaleza como ecosistema la unidad que integra al ser humano como un elemento más y, por tanto, la que permite el desarrollo de la persona. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 30 de noviembre de 1990, se puso e manifiesto la conexión entre el medio natural y los derechos fundamentales a la vida y la salud de las personas, y se refiere expresamente al ser humano como una parte integrante de la naturaleza y no como un ser destinado a dominarla para ponerla exclusivamente a su servicio.*”

sistema jurídico de protección, esto es, la falta de eficacia de las normas de Derecho ambiental existentes, haciendo depender la efectiva protección del ecosistema de su consideración como sujeto de derecho, considero que carece de todo tipo de evidencia perceptible. De hecho, en Ecuador, donde se reconocen los derechos de la naturaleza con el rango de derechos fundamentales en la Constitución de Montecristi, tal reconocimiento parece que ha servido de poco. Basta acudir a la web de amnistía internacional para darnos cuenta de lo que digo. Así, en una noticia de 12 de agosto de 2024 se señala como el informe **“Arde la Amazonia, arde el futuro” Jóvenes activistas que defienden la Amazonia ecuatoriana de los mecheros que amenazan los derechos en el presente y en el futuro** revela como el Estado ecuatoriano incumple con su deber de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero al permitir las operaciones de mecheros en la Amazonia¹⁸. Asimismo, y a pesar de ese reconocimiento constitucional en el país andino de los derechos de la naturaleza, se tuvo que someter a referendum nacional en agosto de 2023 la protección del Parque Nacional Yasuni, en la Amazonía, para prohibir nuevas prospecciones petrolíferas en él¹⁹. Es más, como con acierto señala García Figueroa²⁰, la ineficacia del Derecho ambiental tradicional no puede ser fuente de derechos, porque si lo fuera, podríamos llegar a una situación carente de sentido en un plano jurídico. En este sentido, este autor pone como ejemplo que puesto que la normativa existente no es capaz de impedir las ocupaciones ilegales, se podría defender que debieran reconocerse derechos a las casas que están ocupadas o bien declarar que mis datos personales deben ser titulares de derechos porque no se protegen de manera eficaz cuando navegamos por Internet.

Pero, a mi juicio, no solo carece de solidez el razonamiento pragmático para reconocer derechos al Mar Menor y su cuenca. Considero que la misma también está ausente cuando por parte del legislador se trata de motivar el cambio de paradigma en la interpretación del derecho a un medio ambiente adecuado en un razonamiento ecoteológico. Y ello porque la consideración de los espacios naturales como seres espirituales y esa especial conexión entre el ser humano y aquellos espacios son concepciones por completo extrañas a la tradición jurídica europea. La fundamentación ecoteológica de los derechos de la naturaleza quizá tenga sentido en la región andina, pero no en la región europea. En efecto, como ha puesto de manifiesto Llasag Fernández²¹, en la racionalidad andina, la naturaleza es la fuente principal de vida, continuación del proceso cósmico de regeneración y transformación de la relacionalidad fundamental y del orden cósmico. La Pachamama vive, es un ser vivo orgánico que tiene sed, que se enoja, que es intocable; la Naturaleza, pues, es un organismo vivo y el ser humano es, en cierta medida, su criatura. Resulta evidente, pues, que esta cosmovisión indígena, esta cosmovisión andina, no está presente en la tradición jurídica europea a pesar de que Preámbulo de la Ley trate de importarlo a Europa²².

¹⁸ Vid. <https://www.Amnesty.org>.

¹⁹ Vid. <https://www.Amnesty.org>.

²⁰ Vid. “Las falacias del Mar Menor”, en *Acento Local, El blog de actualidad jurídica local*, de 2 de noviembre de 2022. Del mismo autor, vid. “Algunos reparos a la doctrina del Mar Menor”, en *Almacén de Derecho*, septiembre de 2022, pág. 2.

²¹ Vid. *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, Quito, pág.80.

²² Como pone de manifiesto García Figueroa, muy frecuentemente los derechos de la naturaleza se basan en una vaga filosofía, una cosmovisión o incluso una sofophilia (“sabiduría del amor”). Específicamente, la pachalogía tematiza y respalda actitudes hacia la naturaleza propias de culturas indígenas, singularmente la concepción de la totalidad como Pacha Mama “madre cosmos”, siendo esta precisamente la

Igualmente, no puedo sino afirmar la inconsistencia del argumento jurídico para justificar el cambio de paradigma en la interpretación del derecho a un medio ambiente adecuado ; argumento jurídico que se concreta en la jurisprudencia contenida en la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1990, según la cual, a juicio del legislador, se interpreta el artículo 45 de la Constitución en el sentido de que el ser humano es un elemento más de la Naturaleza. Basta leer la sentencia para atisbar como ello no es en absoluto así, sino que lo que hace el Tribunal Supremo es llevar a cabo una interpretación del delito ecológico que se contenía en el artículo 347 bis del Código Penal de conformidad con el artículo 45 CE y todo ello en sentido antropocéntrico, vinculando la protección del medio ambiente a la protección de otros derechos del individuo como son el derecho a la salud y el derecho a la vida. Al respecto puede leerse en dicha sentencia:” *El ordenamiento jurídico, en general, y el Derecho Penal en particular, tienden a proteger todos aquellos bienes que son importantes para la vida del individuo y para el desarrollo armónico de la colectividad poniendo en marcha los mecanismos de regulación y control social que necesita una sociedad industrializada (...).*

El derecho a la calidad de vida y al medio ambiente constituyen un objetivo irrenunciable y de ahí surge la idea predominante de proteger el medio ambiente como una defensa de la salud y de la vida de los habitantes. El interés generado ha colocado en un plano preferente la regulación -nacional y transnacional- de los problemas derivados de la contaminación ambiental y de la explotación inmoderada de los recursos naturales.

Estas tendencias e intereses han tenido acogida en nuestro texto constitucional que en su artículo 45- en el marco de los principios rectores de la política social y económica – coloca en lugar preferente el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona así como conservarlo, comprometiendo a los poderes públicos en la tarea de proteger y mejorar la calidad de la vida y la defensa y restauración del medio ambiente, haciendo un llamamiento a la solidaridad colectiva para conseguir estos fines. Se sigue con ello una tendencia que se encuentra en todas las modernas Constituciones que se acogen al modelo de Estado Social y Democrático de Derecho.

Establecidos estos antecedentes se comprende la necesidad de dotar a estos intereses colectivos, que afectan a todos y cada uno de los ciudadanos, del máximo de protección que otorga el Derecho Penal y que solo puede ser aceptado en cuanto dispone del consenso de la generalidad. Es el propio texto constitucional el que abre paso e impone la fórmula de protección penal al establecer en el artículo 45.3 que para quienes violen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y la calidad de vida se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

A mayor abundamiento, y como bien señala Lozano Cutanda²³, el Tribunal Supremo lo que hace es explicar el enfoque antropocéntrico del Derecho Penal como fundamento de la diferencia punitiva entre las conductas que ponen en peligro la salud de las personas de aquellas otras que puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. En este sentido puede leerse en la sentencia del Tribunal Supremo: “*La mayoría de la doctrina considera que el párrafo primero del precepto que estamos analizando contiene un típico delito de resultado especialmente cuando las consecuencias de la agresión ecológica afectan*

fundamentación presente en la Constitución ecuatoriana de Montecristi. Vid. “Derechos de la naturaleza, neoconstitucionalismo andino y ecopopulismo”, *Parlamento y Constitución, Anuario*, nº 24, 2023, pág. 22.

²³ Vid. “La declaración del Mar Menor...”, op. cit., pág. 3.

a las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles, originando un perjuicio real y efectivo detectado y cuantificado en función de la responsabilidad civil derivada del hecho punible de la contaminación. Esta diferenciación entre males que afectan a la salud de las personas y riesgos que dañan otras especies animales o vegetales y el medio ambiente se debe, en gran medida, a que el hombre no se siente parte de la naturaleza sino como una fuerza externa destinada a dominarla y conquistarla para ponerla a su servicio”.

En definitiva, pues, estos débiles argumentos aducidos por el legislador en su Preámbulo son por completo insuficientes para justificar la introducción en nuestro Derecho de un enfoque ecocéntrico en la interpretación de ese principio rector de la política social y económica tal es el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, o lo que es lo mismo, para justificar la atribución de personalidad jurídica a un espacio natural.

3. Breve exégesis del contenido de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca

Comienza la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, reconociendo la personalidad jurídica del Mar Menor y de su cuenca, configurándolo, por tanto, como sujeto de derechos. Asimismo, el legislador establece cuales son los elementos naturales que integran la cuenca de la laguna tales como acuíferos, ramblas, cauces, sierras, etc.²⁴. A continuación, enumera de forma muy amplia e imprecisa los derechos de los que es titular la laguna y su cuenca, que se concretan en los derechos a la protección, conservación, mantenimiento, restauración, el derecho a existir como ecosistema y a evolucionar naturalmente²⁵. Es de esta forma como nuestro legislador incorpora

²⁴ Dispone el artículo 1 de la Ley: “Se declara la personalidad jurídica de la laguna del Mar Menor y de su cuenca, que se reconoce como sujeto de derechos.

A los efectos de la presente ley, se entenderá que la cuenca del Mar Menor está integrada por:

a) La unidad biogeográfica constituida por un gran plano inclinado de 1.600 km² con dirección noroeste-sureste, limitado al norte y noroeste por las últimas estribaciones orientales de las cordilleras Béticas constituidas por las sierras pre-litorales (Carraschoy, Cabezos del Pericón y Sierra de los Victorias, El Puerto, Los Villares, Columbares y Escalona), y al sur y suroeste por sierras litorales (El Algarrobo, Sierra de la Muela, Pelayo, Gorda, Sierra de La Fausilla y la sierra minera de Cartagena-La Unión, con sus últimas estribaciones en el cabo de Palos), e incluyendo la cuenca hídrica y sus redes de drenaje (ramblas, cauces, humedales, criptohumedales, etc.).

b) El conjunto de los acuíferos (Cuaternario, Plioceno, Messiniense y Tortoniense) que pueden afectar a la estabilidad ecológica de la laguna costera, incluyendo la intrusión de agua marina mediterránea”.

²⁵. Señala el artículo 2 de la norma que se comenta: “1. Se reconoce al Mar Menor y su cuenca los derechos a la protección, conservación, mantenimiento y, en su caso, restauración, a cargo de los gobiernos y los habitantes ribereños. Se le reconoce también el derecho a existir como ecosistema y a evolucionar naturalmente, que incluirá todas las características naturales del agua, las comunidades de organismos, el suelo y los subsistemas terrestres y acuáticos que forman parte de la laguna del Mar Menor y su cuenca.

2. Los derechos reseñados en el párrafo anterior tendrán el siguiente contenido:

a) Derecho a existir y a evolucionar naturalmente: El Mar Menor está regido por un orden natural o ley ecológica que hace posible que exista como ecosistema lagunar y como ecosistema terrestre en su cuenca. El derecho a existir significa el respeto a esta ley ecológica, para asegurar el equilibrio y la capacidad de regulación del ecosistema ante el desequilibrio provocado por las presiones antrópicas procedentes mayoritariamente de la cuenca vertiente.

a nuestro ordenamiento jurídico los derechos que, *grosso modo*, la Constitución ecuatoriana de Montecristi de 2008 reconoce a la naturaleza o Pachamama; basta con acudir a los artículos 71 y 72 de aquella Constitución para ratificar cuanto digo²⁶.

También contempla la Ley (art. 3) los órganos a los que les corresponde la representación y gobernanza de la laguna del Mar Menor y de su cuenca, configurando a estos efectos un Comité de representantes, una Comisión de seguimiento y un Comité científico. El Comité de representantes, integrado por 13 representantes, de los cuales 3 serán de la Administración General del Estado, otros 3 de la Administración autonómica de la Región de Murcia y 7 en representación de la ciudadanía de los municipios ribereños, tendrá como funciones la propuesta de actuaciones de protección, conservación, mantenimiento y restauración del Mar Menor y su cuenca, vigilando el cumplimiento de los derechos que se le reconocen por la norma. Por su parte, la Comisión de seguimiento, cuyos miembros son calificados por la norma como guardianes y guardianas de la Laguna del Mar Menor, está integrada por personas en representación de los distintos municipios ribereños (Cartagena, los Alcázares, San Javier, San Pedro del Pinatar, etc.) así como por personas en representación de asociaciones empresariales, sindicales, vecinales, de pesca, agrarias, ganaderas, de defensa medioambiental, de lucha por la igualdad de género y juveniles. A esta Comisión de seguimiento le compete, precisamente, el seguimiento y control del respeto de los derechos de la laguna del Mar Menor y su cuenca. También le atribuye la Ley la representación y gobernanza de este ecosistema a un Comité científico, cuyas funciones se concretan en asesorar al Comité de representantes y a la Comisión de seguimiento así como identificar indicadores sobre el estado ecológico del ecosistema, sus riesgos y las medidas adecuadas de restauración. A tales efectos, este Comité debe estar formado por científicos y expertos independientes especializados en el estudio del Mar Menor, designados por las

b) *Derecho a la protección: El derecho a la protección implica limitar, detener y no autorizar aquellas actividades que supongan un riesgo o perjuicio para el ecosistema.*

c) *Derecho a la conservación: El derecho a la conservación exige acciones de preservación de especies y hábitats terrestres y marinos y la gestión de los espacios naturales protegidos asociados.*

d) *Derecho a la restauración: El derecho a la restauración requiere, una vez producido el daño, acciones de reparación en la laguna y su cuenca vertiente, que restablezcan la dinámica natural y la resiliencia, así como los servicios ecosistémicos asociados”.*

²⁶. Sobre los derechos de la naturaleza en Ecuador puede verse el artículo de mi autoría “Sombras en el reconocimiento constitucional de los derechos de la naturaleza en Latinoamérica: especial consideración de la Constitución Ecológica de Ecuador”, en *Interculturalidad, derechos de la naturaleza, paz, valores para un nuevo constitucionalismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 159 y ss.

Universidades de Murcia y Alicante, el Centro Oceanográfico de Murcia, la Sociedad Ibérica de Ecología y por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas²⁷²⁸.

La ley también hace referencia a la responsabilidad en la que se incurre por el incumplimiento de lo dispuesto en la misma; responsabilidad penal, ambiental, civil y administrativa en la que pueden incurrir tanto los poderes públicos como cualquier persona física o jurídica, remitiéndose a efectos sancionadores a la normativa penal, civil, ambiental y administrativa (art. 4²⁹).

²⁷Establece el artículo 3 de la Ley por la que se reconoce personalidad jurídica al Mar Menor: “1. La representación y gobernanza de la laguna del Mar Menor y de su cuenca, se concreta en tres figuras: Un Comité de Representantes, compuesto por representantes de las Administraciones Públicas que intervienen en este ámbito y de la ciudadanía de los municipios ribereños; una Comisión de Seguimiento (los guardianes o guardianas de la Laguna del Mar Menor); y un Comité Científico, del que formará parte una comisión independiente de científicos y expertos, las universidades y los centros de investigación.

Los tres órganos referidos, Comité de Representantes, Comisión de Seguimiento y Comité Científico, formarán la Tutoría del Mar Menor.

2. El Comité de Representantes estará formado por trece miembros, tres por la Administración General del Estado, tres por la Comunidad Autónoma y siete por la ciudadanía, que inicialmente serán los miembros del Grupo Promotor de la Iniciativa Legislativa Popular. El Comité de Representantes tiene entre sus funciones la de propuesta de actuaciones de protección, conservación, mantenimiento y restauración de la laguna, y también la de vigilancia y control del cumplimiento de los derechos de la laguna y su cuenca; a partir de las aportaciones de la Comisión de Seguimiento y del Comité Científico.

3. La Comisión de Seguimiento (guardianes y guardianas) estará formada por una persona titular y una suplente en representación de cada uno de los municipios ribereños o de cuenca (Cartagena, Los Alcázares, San Javier, San Pedro del Pinatar, Fuente Álamo, La Unión, Murcia y Torre Pacheco) designada por los respectivos Ayuntamientos, que serán renovadas tras cada período de elecciones municipales. Así como por una persona titular y una suplente en representación de cada uno de los siguientes sectores económicos, sociales y de defensa medioambiental: asociaciones empresariales, sindicales, vecinales, de pesca, agrarias, ganaderas –con representación de la agricultura y ganadería ecológica y/o tradicional–, de defensa medioambiental, de lucha por la igualdad de género y juveniles.

Estas personas, que deberán tener una trayectoria previa en la defensa del ecosistema del Mar Menor, serán designadas por acuerdo de las organizaciones más representativas de cada uno de los mencionados sectores, bajo la convocatoria y supervisión de la Comisión Promotora, y para un período renovable de cuatro años. La Comisión de Seguimiento se constituirá en un tiempo no superior a tres meses tras la publicación de la presente ley.

La Comisión de Seguimiento tiene entre sus actividades propias la difusión de información sobre la presente ley, el seguimiento y control del respeto a los derechos de la laguna y su cuenca, y la información periódica sobre el cumplimiento de esta ley, teniendo en cuenta los indicadores definidos por el Comité Científico para analizar el estado ecológico del Mar Menor en sus informes.

4. El Comité Científico estará formado por científicos y expertos independientes especializados en el estudio del Mar Menor, propuestos por las Universidades de Murcia y Alicante, por el Instituto Español de Oceanografía (Centro Oceanográfico de Murcia), por la Sociedad Ibérica de Ecología y por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, para un período de cuatro años renovable.

La independencia del Comité Científico la garantizarán dos condiciones de sus miembros: reconocido prestigio científico y no remuneración.

El Comité científico tendrá entre sus funciones la de asesoramiento al Comité de Representantes y la Comisión de Seguimiento, e identificación de indicadores sobre el estado ecológico del ecosistema, sus riesgos y las medidas adecuadas de restauración, que comunicará a la Comisión de Seguimiento”.

²⁸ En desarrollo del artículo 3 de la Ley se ha dictado el Real Decreto 90/2025, de 11 de febrero, por el que se regula el régimen de constitución, composición y funcionamiento de los órganos de representación y gobernanza de la laguna del Mar Menor y su cuenca.

²⁹ Dispone el artículo 4 de la Ley: “Toda conducta que vulnere los derechos reconocidos y garantizados por esta ley, por cualquier autoridad pública, entidad de derecho privado, persona física o persona jurídica generará responsabilidad penal, civil, ambiental y administrativa, y será perseguida y sancionada de conformidad con las normas penales, civiles, ambientales y administrativas en sus jurisdicciones correspondientes”.

Asimismo, se consideran nulos los actos de las Administraciones públicas que contravengan lo dispuesto en la Ley, debiendo ser objeto de revisión en la vía administrativa o judicial correspondiente (art. 5³⁰).

Por su parte, la ley que ahora nos ocupa atribuye la legitimación para defender al espacio natural Mar Menor a cualquier persona física y jurídica, las cuales deben hacer valer los derechos que la norma confiere a aquel a través de la correspondiente acción judicial ante el Tribunal competente; acción judicial que ha de presentarse siempre en nombre del Mar Menor puesto que es la verdadera parte interesada, teniendo derecho aquellas personas que ejerciten la acción, siempre que la misma sea estimada, a recuperar el coste del pleito iniciado en defensa del ecosistema³¹. Asimismo, y como difícilmente podría ser de otra manera, en consonancia además con la normativa procedente de la región andina, la ley 19/2022 establece una serie de obligaciones a las Administraciones públicas, las cuales se concretan en: desarrollar políticas públicas de prevención y protección para evitar actividades humanas perjudiciales para el ecosistema; llevar a cabo campañas de concienciación sobre los peligros ambientales y los beneficios que conlleva el Mar Menor a la sociedad; realizar periódicamente estudios sobre la situación ecológica del Mar Menor; restringir el ejercicio de acciones que pongan en peligro la propia existencia de este espacio natural; así como prohibir la entrada de material orgánico e inorgánico que pudieran tener consecuencias ambientales nocivas³².

Finalmente, no es posible pasar por alto que el legislador establece una disposición derogatoria tácita habida cuenta que con esta Ley se vienen a derogar todas aquellas disposiciones contrarias a lo estipulado en la misma³³.

³⁰ El artículo 5 de la Ley es del siguiente tenor: “Cualquier acto o actuación de cualquiera de las administraciones públicas que vulnere las disposiciones contenidas en la presente ley se considerará inválido y será revisado en la vía administrativa o judicial”.

³¹ El artículo 6 de la Ley estipula: “Cualquier persona física o jurídica está legitimada para la defensa del ecosistema del Mar Menor, y puede hacer valer los derechos y las prohibiciones de esta ley y las disposiciones que la desarrollen a través de una acción presentada en el Tribunal correspondiente o Administración Pública. Dicha acción judicial se presentará en nombre del ecosistema del Mar Menor como la verdadera parte interesada. La persona que ejercite dicha acción y que vea estimada su pretensión tendrá derecho a recuperar todo el coste del litigio emprendido, incluidos, entre otros, los honorarios de abogados, procuradores, peritos y testigos, y estará eximido de las costas procesales y de las fianzas en materia de medidas cautelares”.

³² Dispone el artículo 7 de la Ley: “Las Administraciones Públicas, en todos sus niveles territoriales y a través de sus autoridades e instituciones, tienen las siguientes obligaciones:

1. Desarrollar políticas públicas y acciones sistemáticas de prevención, alerta temprana, protección, precaución, para evitar que las actividades humanas conduzcan a la extinción de la biodiversidad del Mar Menor y su cuenca o la alteración de los ciclos y procesos que garantizan el equilibrio de su ecosistema.
2. Promover campañas de concienciación social sobre los peligros ambientales a los que se enfrenta el ecosistema del Mar Menor, así como educar en los beneficios que su protección aporta a la sociedad.
3. Realizar estudios periódicos sobre el estado del ecosistema del Mar Menor, y elaborar un mapa de los riesgos actuales y posibles.
4. Restringir de forma inmediata aquellas actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales.
5. Prohibir o limitar la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio biológico del Mar Menor”.

³³ La disposición derogatoria única de la Ley señala: “Se derogan todas las disposiciones contrarias a las disposiciones recogidas en esta ley”.

Dejando de lado consideraciones sobre el fondo, en las que me centraré más adelante, ahora solo me importa llamar la atención sobre el hecho de que la ley adolece de una pésima técnica legislativa, probablemente como consecuencia de que su origen está en una iniciativa legislativa popular cuya comisión promotora no ha contado con el asesoramiento jurídico pertinente, a pesar de que con la misma no se está regulando una cuestión baladí, sino todo lo contrario: con la misma se ha producido un cambio de paradigma en la interpretación del derecho a un medio ambiente adecuado que nuestra Carta Magna configura en el Capítulo III del Título I como un principio rector de la política social y económica. Además, como ha puesto de manifiesto cierto sector doctrinal³⁴, sorprende la concisión de la norma habida cuenta de la envergadura de la finalidad de la misma.

4. Valoración crítica del cambio de paradigma en la interpretación del medio ambiente contenido en la sentencia del Tribunal Constitucional 142/2024

De conformidad con lo manifestado en sede parlamentaria durante la tramitación de la proposición de ley sobre el reconocimiento de personalidad jurídica al Mar Menor y su cuenca, el grupo parlamentario VOX interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la ya Ley 19/2022, de 30 de septiembre. Este recurso de inconstitucionalidad, resuelto por la STC 142/2024, se fundamentaba en cuatro motivos, uno de naturaleza competencial y los demás de carácter sustantivo. En efecto, alegan en primer lugar los recurrentes la inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley y, en particular, de su artículo 7 y su disposición final segunda, en base a la vulneración de los preceptos constitucionales que llevan a cabo el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en concreto los artículos 148.1.9 y 149.1.23 CE. En segundo lugar, impugnan los recurrentes los artículos 1, 2 y 6 de la norma cuestionada por entender que los mismos serían contrarios a los artículos 10.1, 24.1 y 45 CE. Y ello porque al configurar al ecosistema lagunar como sujeto de derechos y otorgarle para su protección legitimación activa a cualquier persona física y jurídica, se equipara a los espacios naturales con los seres humanos lo cual sería contrario al artículo 10.1 CE y, en consecuencia, no podría ser titular de derechos que sean objeto de tutela ante los tribunales de conformidad con el artículo 24.1 CE. Asimismo, consideran que pasar de configurar al Mar Menor como sujeto de derechos, cuando la Constitución configura al medio ambiente no como derecho sino como principio rector, el cual, además, ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional en sentido antropocéntrico, sería contrario al artículo 45 CE. En tercer lugar, el recurso se fundamenta en la inconstitucionalidad del artículo 2 y la disposición derogatoria de la ley 19/2022 por conculcación del principio de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Para los recurrentes, el legislador reconoce al Mar Menor y su cuenca una serie de derechos de contenido poco preciso y configurados de manera abstrusa, lo que junto a la utilización de una clausula derogatoria genérica en un ámbito en el que ya inciden numerosas normas, tanto comunitarias, como estatales y regionales, da lugar a una situación de falta de certeza y certidumbre jurídica, abriéndose además la puerta a la arbitrariedad. Y, por último, alegan los recurrentes la falta de conformidad con la Constitución de los artículos 4 y 5 de la Ley al vulnerar los mismos el principio de seguridad jurídica de nuevo, pero también los principios de legalidad sancionadora, tipicidad y taxatividad. La norma convierte actuaciones no precisadas contrarias

³⁴ Vid. en este sentido, García Guijarro, Pedro, “El encaje jurídico-constitucional...”, op. cit., pág.104.

a los derechos reconocidos al ecosistema en sancionables conculcándose de esta forma el principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) y la reserva de ley orgánica (art. 81. 1 CE) y puesto que los preceptos legales cuestionados se remiten a tales efectos a la legislación penal, civil, ambiental y administrativa ya existente, serían innecesarios vulnerándose de esta forma el principio de seguridad jurídica.

El recurso fue admitido a trámite por Providencia de 7 de febrero de 2023, habiendo sido resuelto por sentencia de 20 de noviembre de 2024 que es la que ahora analizamos, en concreto, la STC 142/2024 (BOE de 26 de diciembre de 2024).

A partir de aquí, y por obvias razones de extensión, me voy a centrar en el análisis de la fundamentación, o por mejor decir, la insuficiente fundamentación del cambio de paradigma en la interpretación del art. 45 CE contenida en la sentencia de la mayoría del Tribunal

4.1. El artículo 45 CE como marco constitucional de referencia

En este pronunciamiento el Tribunal comienza realizando lo que el denomina unas consideraciones generales sobre el artículo 45 CE, las cuales se traducen realmente en una nueva interpretación del referido precepto constitucional. En este sentido, y tras considerar que a la laguna costera del Mar Menor le resulta de aplicación el Convenio relativo a Humedales de importancia internacional así como la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, normas estas ratificadas por España, destaca que de las prescripciones convencionales se deriva que cualquier regulación sobre este ecosistema *“se ubica sin lugar a dudas, en el marco de la obligación, impuesta a los poderes públicos por el art. 45.2 CE, de velar «por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva». Este precepto no contiene una previsión definida, cerrada o excluyente de los mecanismos jurídicos de protección, defensa y restauración, en su caso, de los espacios naturales, por lo que no podemos entender, como línea argumental de principio, que ningún mecanismo jurídico de los que se puedan ir desarrollando con el tiempo, y la evolución de la teoría del Derecho, quede excluido del modelo constitucional de protección del medio ambiente siempre que respete la finalidad de protección y mejora de la calidad de vida y de defensa y restauración del medio natural en que la vida se desarrolla”*.

Justamente, esta conexión entre el bienestar de las personas y el bienestar de los espacios naturales, considera el Tribunal que está también presente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el cual enlaza la protección del medio ambiente con la protección de los derechos humanos (art. 2 y 8 CEDH³⁵). Es más, afirmará que en el constitucionalismo comparado se vincula la protección del medio ambiente a la calidad de vida de las generaciones futuras, tal sería el caso de la Constitución alemana y de la Constitución italiana³⁶.

³⁵ El artículo 2 del CEDH consagra el derecho a la vida mientras que el artículo 8 consagra el derecho al respeto de la vida privada y familiar.

³⁶ Afirma textualmente el Tribunal Constitucional: *“Esa conexión del cuidado del medio natural con la garantía de la calidad de vida es un elemento esencial de toda valoración constitucional sucesiva, que viene además condicionada por el mandato interpretativo contenido en el art. 10.2 CE. Que el bienestar de las personas depende del bienestar de los ecosistemas que sostienen la vida se deriva inequívocamente de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando se conecta el incumplimiento de las obligaciones positivas de los Estados firmantes del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), en materia de protección del medio ambiente, con la eventual lesión*

Pues bien, a partir de estas argumentaciones, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 45 CE ofrece un marco lo suficientemente amplio como para que el primer intérprete de la Constitución pueda contemplar mecanismos de protección del medio ambiente desde distintos enfoques siempre y cuando aquel tenga en cuenta y respete *“la estrecha conexión existente entre la protección de los ecosistemas, el medio natural, la vida no humana y la vida humana y el pleno desarrollo de esta última; la obligación de los poderes públicos de desarrollar mecanismos de protección y defensa del medio ambiente, pero también de mejora, restauración y recuperación de los espacios o la biodiversidad deteriorada o perdida; y la exigencia de entender la solidaridad colectiva referida en el art. 45.2 CE, no como una mera adhesión al interés común de preservar el statu quo de preservación medioambiental, sino como una obligación de solidaridad intergeneracional llamada a conservar y mejorar el entorno natural de cara a que las futuras generaciones tengan la oportunidad de disfrutar de su propio derecho a la vida, la integridad física y moral y el desarrollo de sus proyectos vitales en condiciones equivalentes a aquellas de las que disponemos en la actualidad”*.

Y en este contexto, trae a colación los mecanismos de protección del medio ambiente que se han adoptado en ordenamientos jurídicos distintos (y ajenos) al nuestro, tales como los ordenamientos jurídicos de algunos países de Latinoamérica, básicamente de la región andina, donde se le han reconocido derechos a la Pachamama (naturaleza) y de algún país de Oceanía, en concreto de Nueva Zelanda, donde se le han reconocido derechos a ciertos espacios naturales en particular³⁷.

A partir de aquí, no es difícil llegar a la conclusión, tal y como hace el alto Tribunal, de que la técnica utilizada al respecto por el legislador español al aprobar la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, que es la atribución de personalidad jurídica a un concreto ecosistema como es el Mar Menor y su cuenca, supone alejarse del tradicional paradigma antropocéntrico para situarse en un paradigma de ecocentrismo moderado. Cambio de paradigma que es consecuencia, tal y como resalta el Preámbulo de la Ley, de la nefasta situación medioambiental por la que atraviesa el precitado espacio natural como consecuencia de la ineficacia de las normas de Derecho ambiental existentes en nuestro ordenamiento jurídico encaminadas a su protección. La norma,

de los arts. 2 y 8 CEDH (STEDH de 9 de abril de 2024, asunto Verein Klimaseniorinnen Schweiz y otras c Suiza). Pero, además, el constitucionalismo medioambiental contemporáneo, cuya expresión paradigmática es el art. 21 de la Ley Fundamental de Bonn, vincula la protección del medio ambiente o del medio natural a la preservación del mismo para disfrute y garantía de la calidad de vida de las generaciones futuras (en este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional Federal Alemán en auto adoptado por la Sala Primera el 24 de marzo de 2021 - 1 BvR 2656/18 -, Rn. 1-270). De forma parecida, en Italia, la tutela del ambiente y la biodiversidad de los ecosistemas, también en interés de las generaciones futuras, se convirtió en principio fundamental con la reforma de su Constitución en 2022”.

³⁷ A este respecto puede leerse en este pronunciamiento: *“En este marco, y dentro de la diversidad de técnicas introducidas en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo para la protección de los ecosistemas y para mitigar los efectos nocivos del cambio climático, y dejando de lado la demanialización de los recursos naturales, que es una herramienta más clásica y generalmente aceptada de protección de los bienes de la naturaleza, es posible identificar dos grandes lógicas en los sistemas de garantía. Así, mientras que algunos ordenamientos jurídicos atribuyen derechos a la naturaleza, definiendo a esta como titular de los mismos [art. 71 de la Constitución de Ecuador de 2008; Ley núm. 71, de 21 de diciembre de 2010 y Ley núm. 300, de 19 de octubre de 2012 de Bolivia; leyes orgánicas 1/2017, 3/2018 y 47/2019 de las municipalidades de Bonito, Paudalho y Florianópolis, en Brasil, y la Ordinance of the City Council of the City of Santa Monica Establishing Sustainability Rights (2013), en los Estados Unidos de Norteamérica], otros reconocen personalidad jurídica a ecosistemas particulares [resolución 25-21 de la Municipalité Régionale de Compté de Minganie, en Canadá; Te Urewera Act de 2014 y Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act de 2017, en Nueva Zelanda y Yarra River Protection Act de 2017, en Australia]”*.

por tanto, ha supuesto la introducción por vez primera en la región europea del paradigma ecocéntrico en la interpretación del medio ambiente.

En suma, resume y concluye el Tribunal Constitucional afirmando que *“la Ley 19/2022 es una norma singular que crea un nuevo tipo de persona jurídica, una realidad natural, buscando atribuirle una serie de potestades en defensa de su propia existencia y recuperación. A pesar de tratarse de una técnica ignota hasta ahora en nuestro derecho ambiental, ya se ha expuesto que no se trata de una técnica desconocida en derecho comparado, y que se inscribe en un movimiento internacional en auge en la última década, que promueve el desarrollo de mecanismos de garantía innovadores y basados en un paradigma ecocéntrico que convive con el paradigma antropocéntrico tradicional, que se identifica en otros mecanismos y herramientas jurídicas de protección del medio ambiente. En este juego de equilibrios, el ecocentrismo no obsta la intervención humana sobre el medio en garantía, no solo de la protección de la naturaleza, sino de todos los intereses y bienes constitucionales, porque la garantía de la sostenibilidad pasa por asegurar la ponderación entre los requerimientos medioambientales, sociales y económicos”*.

4.2. Conformidad de la Ley 19/2022 a lo dispuesto en el art. 45 CE

El Tribunal enjuicia la conformidad de la Ley 19/2022 al artículo 45 CE que reconoce el derecho que tenemos todos a un medio ambiente adecuado; conformidad que, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, va a admitir sin atisbo de duda. En efecto, afirmará el Tribunal que puesto que el legislador dispone de libertad para establecer la regulación jurídica que sobre determinada materia considere conveniente siempre dentro del marco constitucional y teniendo en cuenta el cambio de paradigma en la interpretación de ese precepto en sentido ecocéntrico que ahora realiza el alto Tribunal tal y como ha quedado expuesto³⁸, no es posible afirmar la conculcación de aquel precepto por la nueva normativa que atribuye personalidad jurídica al Mar Menor y su cuenca, puesto que la elección de esta técnica para la protección del ecosistema en nada se opone al contenido del precepto constitucional ni a la finalidad del mismo. Es más, señalará el Tribunal Constitucional que el legislador podría haber optado por otras técnicas de protección, que podrían ser igual de idóneas que la elegida, puesto que *“desde una concepción ecocéntrica el art. 45 CE también ofrece un amplio margen al legislador que, sin embargo, ha de tener presente las finalidades tuitivas del precepto no solo sobre el medio natural, sino también sobre las generaciones futuras”*.

En definitiva, a juicio del alto Tribunal no hay *“razones suficientes para considerar que la norma impugnada deba ser declarada inconstitucional, sin que desde luego sea tarea de este tribunal enjuiciar el mayor o menor acierto del legislador al establecer, en este caso, este tipo de herramienta jurídica, sino únicamente, y partiendo siempre de la presunción de constitucionalidad de las normas*

³⁸ El Tribunal reconoce que en su doctrina había reconocido que el medio ambiente constitucionalmente reconocido era un concepto esencialmente antropocéntrico (STC 102/1995), pero ahora en la sentencia que se comenta decide moderar dicha concepción *“para abrirla a una visión más ecocéntrica, que asume la conexión innegable entre la calidad de la vida de los ecosistemas y la calidad de la vida humana, presupuesto lógico del disfrute de los derechos y la exigencia de obligaciones constitucionalmente previstas”*. Ahora bien, a renglón seguido, afirmará el Tribunal Constitucional que el cambio de paradigma encuentra fundamento en su jurisprudencia anterior, en concreto en la STC 84/2013, en la cual dejó sentado que *“a la hora de analizar cómo tiene que plasmarse el principio rector del art. 45 CE, «es el legislador quien ha de determinar las técnicas apropiadas para llevar a cabo la plasmación de ese principio rector en el que la protección del medio ambiente consiste”*

legales, expulsar del ordenamiento aquellas que evidentemente, y fuera de toda duda razonable, no encuentren acomodo en nuestra Constitución”.

4.3. Consideraciones críticas sobre la doctrina jurisprudencial contenida en la STC 142/2024 en lo que al cambio de criterio interpretativo del art. 45 CE se refiere: insuficiente fundamentación

Ciertamente, la doctrina contenida en este pronunciamiento supone un giro radical en la que hasta ahora era la doctrina del Tribunal Constitucional español en lo que a la interpretación del artículo 45 CE se refiere puesto que pasa de una interpretación antropocéntrica del medio ambiente a una interpretación ecocéntrica del mismo; giro copernicano que, aunque trata de maquillarlo denominándolo ecocentrismo moderado, carece, a mi juicio, de la debida fundamentación.

a. Jurisprudencia consolidada del TC en torno a la interpretación del art. 45 CE en sentido antropocéntrico

Como de todos es sabido, la Constitución tutela el medio ambiente en su artículo 45, el cual se encuentra ubicado en el Capítulo III del Título I de la Constitución, configurándose, por consiguiente, como un principio rector de la política social y económica, en ningún caso como derecho fundamental de los reconocidos en el Capítulo II del Título I, y, por tanto, su misión se concreta, tal y como dispone el artículo 53.3 CE, en informar *“la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”* y solo podrán ser invocados ante los tribunales de Justicia *“de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”*. La dicción literal de la Constitución no deja lugar a dudas y así lo ha reconocido desde sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional. A mero título de ejemplo en la STC 150/2011 afirmará el Tribunal *“(…) Es obvio que la entrada de ruidos o humos molestos pueden comprometer otros bienes jurídicos, como son el respeto a la salud o la expectativa de disfrutar de una vivienda digna, y muy especialmente la expectativa a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, pero es igualmente claro que tales bienes no constituyen en nuestro ordenamiento derechos fundamentales tutelables mediante recurso de amparo ante este tribunal, sino principios rectores (arts. 43.1, 47 y 45.1 CE, respectivamente)”*.

Pues bien, partiendo de esta premisa, basta acudir al artículo 45 CE para atisbar como en nuestra norma suprema se reconoce el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado *“para el desarrollo de la persona”* (art. 45.1CE) y de la misma forma, se impone a los poderes públicos la obligación de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales *“con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida”* (art. 45.2 CE), calidad de vida a la que también se hace referencia en el Preámbulo, pero aludiendo a la vida humana que es la que contempla la Constitución española como no podía ser de otra forma tratándose de una Constitución con un claro origen liberal³⁹. Como con acierto, en mi opinión, señala el voto particular a la sentencia

³⁹ Lo expuesto supra me lleva a rechazar de plano la toma de postura de Ayllón Díaz-González, el cual con claro desprecio (o quizá desconocimiento) por los más elementales principios de la teoría constitucional, afirma que el apartado 1 del artículo 45 CE podría ser objeto de una interpretación ecocéntrica, de forma tal que podría estimarse que no solo los ciudadanos tienen derecho a un medio ambiente adecuado, sino también los diferentes elementos naturales y ecosistemas sobre la base de considerar a la naturaleza como persona y, en consecuencia, en ese “todos” indeterminado del artículo 45 también estaría incluida la propia Madre Tierra. Pero a mayor abundamiento, señal este autor que el apartado 2 del artículo 45 CE nos habla

ahora comentada (STC 142/2024), *“el deber de protección del medio ambiente enlaza con las condiciones que hacen posible el ejercicio del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas (art. 15 CE) lo que, inevitablemente, lo sitúa como herramienta al servicio de la persona y de la humanidad en un plano antropocéntrico”*. Y esta concepción antropocéntrica del medio ambiente que es la que está presente en la Constitución ha sido la mantenida por el más alto de nuestros Tribunales desde sus primeros pronunciamientos. Así en la STC 64/1982 puede leerse: *“El artículo 45 recoge la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas en amplios sectores de opinión que ha plasmado también en numerosos documentos internacionales. En su virtud no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la utilización racional de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de la vida”*. Igualmente, y quizá de forma más expresa y tajante, en la STC 102/1995, tras considerar lo difícil de discernir lo que sea el medio ambiente puesto que se trata de un concepto jurídico indeterminado y recurrir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua para atisbar su significado gramatical, afirmará que el medio ambiente sería *“el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida. Las personas aceptan o rechazan esas posibilidades, las utilizan mal o bien, en virtud de la libertad humana. El medio no determina a los seres humanos, pero los condiciona. Se afirma por ello, que el hombre no tiene medio sino mundo, a diferencia del animal. No obstante, en la Constitución y en otros textos, el medio, el ambiente o el medio ambiente (“environment”, “environnment”, “Umwelt”) es, en pocas palabras, el entorno vital del hombre en un régimen de armonía, que aúna lo útil y lo grato. (...) El ambiente, por otra parte, es un concepto esencialmente antropocéntrico y relativo. No hay ni puede haber una idea abstracta, intemporal y utópica del medio, fuera del tiempo y el espacio. Es siempre una concepción concreta, perteneciente al hoy y operante aquí”*.

Como ya he manifestado, reconoce, sin embargo, el Tribunal Constitucional en esta STC 142/2024 que aunque es cierto que su jurisprudencia anterior conceptuaba en sentido antropocéntrico el medio ambiente, el cambio de paradigma interpretativo no afecta a las consideraciones de su jurisprudencia previa la cual siempre ha considerado que es el legislador quien ha de determinar las técnicas apropiadas para llevar a cabo la plasmación del principio rector contenido en el artículo 45 CE (STC 84/2013). Es cierto que desde la STC 64/1982 el Tribunal ha considerado que en lo que a las técnicas apropiadas *“para llevar a cabo la protección del medio ambiente corresponde su elección al legislador, máxime cuando el mismo artículo 45 del texto constitucional habla expresamente (...) de defender y restaurar el medio ambiente”*. Ahora bien, esta aseveración la realiza el Tribunal en el marco de una concepción antropocéntrica del medio ambiente y, por tanto, dichas técnicas o instrumentos deben ser aquellas que, protegiendo los

de la obligación de los poderes públicos de velar por una utilización racional de los recursos naturales “con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente”. Y llega a afirmar que el término vida al que se refiere este precepto constitucional es un término amplio, de tal forma que incluiría cualquier forma de vida y no únicamente la vida humana, lo cual es coherente, a su juicio, con la alusión al medio ambiente. Y de ahí deduce que al artículo 45 CE no solo le preocupan las condiciones de vida humana, sino también de las restantes especies, por su valor intrínseco, como un fin en si mismo, de tal forma que sería posible afirmar que la Constitución española alberga una concepción ecocéntrica o al menos no incompatible con aquella. Vid. “Sobre derechos de la naturaleza y otras prosopopeyas jurídicas, a propósito de una persona llamada Mar Menor”, *Actualidad Jurídica ambiental*, de 2 de octubre de 2023, págs. 35 y 36.

espacios naturales, su finalidad sea proteger al ser humano y, en ningún caso, para transformar a la naturaleza de objeto en sujeto de derechos, de tal forma que la protección de la naturaleza constituya un fin en sí mismo.

b. Compatibilidad entre la concepción antropocéntrica del medio ambiente y su efectiva protección

La STC que ahora se analiza justifica el cambio de paradigma de protección desde el antropocentrismo más tradicional al ecocentrismo moderado en el hecho de que la normativa ambiental antropocéntrica existente no ha impedido el deterioro progresivo del Mar Menor y de su cuenca, apoyándose para realizar esta afirmación en lo dispuesto en el Preámbulo de la Ley en donde se dispone que la ley se dicta por el deterioro ambiental que padece el ecosistema y por la ineficacia del sistema jurídico de protección. Con este pronunciamiento, pues, se considera que el sistema jurídico antropocéntrico de protección no sirve adecuadamente a sus fines. Y, en consecuencia, la ley cambia de paradigma interpretativo (ecocentrismo) para que la protección de la laguna sea adecuada⁴⁰. Ciertamente, este argumento que podemos llamar intuitivo del Tribunal Constitucional no parece haberlo corroborado la práctica. Basta acudir a lo acontecido en la región andina para ratificar esta afirmación⁴¹. Por tanto, bien puede decirse, como ha hecho cierto sector doctrinal, que el reconocimiento de personalidad jurídica a un espacio natural no supone por sí mismo un avance cualitativo en su protección; protección que, en definitiva, dependerá de que el instrumento o técnica al que recurra el legislador se aplique de forma eficaz⁴². Pero, es más, como ya he mencionado, y se desprende de lo dispuesto en el artículo 45 CE y así se ha interpretado tradicionalmente por la jurisprudencia del más alto Tribunal, la

⁴⁰ Como con acierto señala Alenza García, las normas del Mar Menor han sido muchas, diversas y específicas. Pero si durante cuarenta años los mecanismos jurídicos de protección del Mar Menor han resultado inservibles, ¿por qué la ley no los deroga, modifica o sustituye por nuevos instrumentos? Pensar que la mera atribución de personalidad jurídica es un factor que va a convertir en eficaces los instrumentos que no se han aplicado es de una ingenuidad máxima. Pero además, a juicio de este autor, los derechos o potestades que se le reconocen no son técnicamente derechos o potestades sino formulas retóricas vacías de facultades reales de intervención y huérfanas de estándares de calidad ambiental que, ilógicamente, se remiten a esas técnicas de protección ambiental que ellas mismas tachan de ineficaces. Vid., “Sobre los aparentes derechos reconocidos...”, op. cit., pág. 166.

⁴¹ En efecto, el 30 de abril de 2019 Amnistía Internacional publicaba la noticia con el titular siguiente: Ecuador, ante la falta de protección del Estado, defensores de derechos humanos arriesgan su vida para defender el Amazonas. Y en la página web de Naciones Unidas podía leerse una noticia de 22 de octubre de 2019 en la que se ponía de manifiesto como un comité de expertos independientes mostraba su preocupación por el incremento de actividades extractivas anunciado en el Plan de Prosperidad, por lo que llamó a Ecuador a reconsiderar el incremento de la explotación petrolera y la minería a gran escala. Es más, como he puesto de manifiesto en la introducción de este trabajo, en la web de Amnistía Internacional aparece una noticia de 12 de agosto de 2024 donde se pone de manifiesto como el informe “Arde la Amazonia, arde el futuro” Jóvenes activistas que defienden la Amazonia ecuatoriana de los mecheros que amenazan los derechos en el presente y en el futuro, revela como el Estado ecuatoriano incumple con su deber de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero al permitir las operaciones de mecheros en la Amazonia. Asimismo, y a pesar de ese reconocimiento constitucional en el país andino de los derechos de la naturaleza, se tuvo que someter a referéndum nacional en agosto de 2023 la protección del Parque Nacional Yasuni, en la Amazonía, para prohibir nuevas prospecciones petrolíferas en él. Más allá va García Figueroa, el cual afirma que la experiencia demuestra que la atribución de derechos a la naturaleza no solo no ha redundado necesariamente en su mayor protección, sino que ha sido en algunos casos, contraproducente. Cita este autor como ejemplo que el reconocimiento de derechos a la Pacha Mama en el artículo 71.1 de la Constitución ecuatoriana ha servido de hecho para promover el extractivismo por parte de poderosas compañías mineras en perjuicio de los mineros tradicionales e indígenas. Vid., “Algunos reparos a la doctrina...”, op. cit., pág. 6.

⁴² Vid., Lozano Cutanda, Blanca, “La declaración del Mar Menor y su cuenca...”, op. cit., pág. 7.

conservación del medio ambiente le corresponde al ser humano con la finalidad, justamente, de garantizar su bienestar y el de las generaciones futuras. Con la nueva ley, sin embargo, la conservación del medio ambiente le corresponde al ser humano, pero con una finalidad distinta: garantizar el bienestar del propio ecosistema.

Así, en la STC 102/1995 afirmará el Tribunal: *“Para ello hemos de remontarnos a la calidad de vida como aspiración situada en primer plano por el Preámbulo de la Constitución, que en principio parece sustentarse sobre la cultura y la economía, aun cuando en el texto articulado se ligue por delante a la utilización racional de los recursos naturales y por detrás al medio ambiente, con el trasfondo de la solidaridad colectiva. En suma, se configura un derecho de todos a disfrutarlo y un deber de conservación que pesa sobre todos, más un mandato a los poderes públicos para la protección (art. 45 CE). En seguida, la conexión indicada se hace explícita cuando se encomienda a los poderes públicos la función de impulsar y desarrollar se dice, la actividad económica y mejorar así el nivel de vida, ingrediente de la calidad si no sinónimo, con una referencia directa a ciertos recursos (la agricultura, la ganadería, la pesca) y a algunos espacios naturales (zonas de montaña) (art. 130 CE), lo que nos ha llevado a resaltar la necesidad de compatibilizar y armonizar ambos, el desarrollo con el medio ambiente (STC 64/1982). Se trata, en definitiva, del desarrollo sostenible, equilibrado y racional, que no olvida a las generaciones futuras, alumbrado el año 1987 en el llamado informe Brundtland, con el título Nuestro futuro común encargado por la Asamblea General de las Naciones Unidas”*⁴³.

Como bien ha puesto de manifiesto el voto particular a la STC 142/2024 *“la protección del medio ambiente no es un fin en sí mismo sino en la medida en que sirve al desarrollo de la vida humana; una vida humana que, como especie, está naturalmente orientada a su supervivencia, a través de las generaciones futuras, en un entorno natural que así se lo permita”*.

c. Falta de lógica en la justificación del cambio de paradigma

Asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional por la que se avala la constitucionalidad de la laguna del Mar Menor y de su cuenca, destaca dos técnicas para proteger a los espacios naturales: reconocer derechos a la naturaleza y reconocer personalidad jurídica a ecosistemas particulares. La ley en cuestión se ha inclinado por esta segunda solución, pero en lo esencial parece no existir diferencia entre una técnica y otra puesto que con ambas lo que se hace es crear

⁴³ Esta doctrina jurisprudencial ya se contenía en la temprana STC 64/1982, en la que el Tribunal ya afirmó: *“El artículo 45 recoge la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas en amplios sectores de opinión que ha plasmado también en numerosos documentos internacionales. En su virtud no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la utilización racional de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de la vida. Estas consideraciones son aplicables a las industrias extractivas como cualquier otro sector económico y supone, en consecuencia, que no es aceptable la postura del representante del Gobierno, repetida frecuentemente a lo largo de sus alegaciones, de que existía una prioridad absoluta del fomento de la reproducción minera frente a la protección del medio ambiente. Recuérdese también que la calidad de la vida que cita el artículo 45 y uno de cuyos elementos es la obtención de un medio ambiente adecuado para promoverla está proclamada en el Preámbulo de la Constitución y recogida en algún otro artículo como el 129.1. Sin embargo, debe advertirse que la Constitución impone asimismo el deber de atender al desarrollo de todos los sectores económicos (art. 130.1), deber al que hace referencia el artículo 55.1 del Estatuto de Cataluña. Ese desarrollo es igualmente necesario para lograr aquella mejora. La conclusión que se deduce del examen de los preceptos constitucionales lleva a la necesidad de compaginar en la forma que en cada caso decida el legislador competente la protección de ambos bienes constitucionales: el medio ambiente y el desarrollo económico”*.

un nuevo titular de derechos. Dejando de lado que la norma solo confiere derechos a la laguna, pero no le impone obligaciones, lo cual parece poco coherente si tenemos en cuenta que, en buenos principios jurídicos, la atribución de personalidad jurídica conlleva tanto la atribución de derechos como la imposición de obligaciones⁴⁴, es necesario llamar la atención sobre el hecho de que al atribuir personalidad jurídica al Mar Menor, deberá este espacio natural defender sus derechos a través del ejercicio de acciones que se ejercitarán, por vía de representación, por cualquier persona física o jurídica. Es de esta forma como la ley sitúa en el mismo plano a un espacio natural con la persona humana cambiando por completo el paradigma existente en nuestro ordenamiento jurídico constitucional en lo que se refiere a la titularidad de los derechos habida cuenta que, como vengo diciendo, la Constitución española, al igual por lo demás que el resto de las Constituciones de nuestro entorno jurídico, ha adoptado un enfoque antropocéntrico y solo reconoce derechos a las personas. Como bien señala el voto particular a la STC 142/2024: *“(...) es cierto que la Ley 19/2023 no atribuye derechos a la naturaleza como tal, en general, sino que reconoce una personalidad jurídica a un determinado entorno o ecosistema natural. Sin embargo, el reconocimiento de esa personalidad jurídica va indisolublemente ligada a su condición de sujeto de derechos (art.1), permitiéndole el ejercicio de acciones. Por lo tanto, no se inscribe en lo que la sentencia considera ecocentrismo moderado, sino que equipara a un sistema natural con las personas (e incluso con potencialidad para plantear conflicto a las personas), modificando así el paradigma hasta ahora conocido sobre la titularidad de los derechos. Es decir, la sentencia no aborda una mera cuestión de técnica u opción legislativa, de entre las varias posibles, sino que pretende un cambio de paradigma que no puede dejar indiferente y que no tiene encaje en nuestra Constitución -de génesis liberal- que atribuye los derechos exclusivamente a las personas”*⁴⁵. En suma, *“para otorgar la debida protección al medio ambiente no es imprescindible dotarle del mismo status jurídico que a una persona”*.

Por lo demás, este pronunciamiento del TC pasa por alto determinados aspectos que no carecen de trascendencia jurídica. En efecto, una lectura reposada de la Ley hace dudar de que realmente la misma esté conformando una nueva persona jurídica. De hecho, su artículo 1º hace referencia a una genérica atribución de personalidad jurídica sin concretar que tipo de persona jurídica está creando: de Derecho Público o de Derecho Privado; atribución de personalidad jurídica al Mar Menor que, por tanto, parece hacerse a los efectos de reconocerle una serie de derechos (también genéricos) que se ejercitarán en su nombre por cualquier persona física o jurídica. No puede por ello causar perplejidad el hecho de que se haya afirmado que la Ley 19/2022 se guarda de crear persona jurídica alguna, limitándose a reconocer personalidad jurídica para atribuirle derechos,

⁴⁴ Vid, por todos, García Guijarro, Pedro, “El encaje jurídico constitucional...”, op. cit., pág. 113.

⁴⁵ A mayor abundamiento se señala en el voto particular de la STC 142/2024: *“A nuestro juicio, se debe superar un sentido aparentemente peyorativo atribuido al concepto antropocéntrico del medio ambiente (que pareciera pretender la explotación sin límites de los recursos naturales, y no su uso, disfrute y protección para la mejora de la calidad de vida humana, que es la doctrina del TC). Esta concepción es completamente compatible con su consideración como bien digno de protección, mejora y restauración y o requiere -ni acepta-cambio alguno de paradigma. Precisamente, la protección constitucional de la naturaleza encuentra sentido en la concepción antropocéntrica del medio ambiente. Reconocer que el ser humano vive en un determinado entorno natural que hace posible la propia vida humana, implica, sin duda, un imperativo moral y jurídico de protección de la naturaleza como medio para nuestra propia supervivencia como especie, pero no puede ni debe situar al ser humano en el mismo plano axiológico que su entorno. Así se ha hecho con la Ley 7/2023, de 8 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales; norma que, a pesar de su título, no concede a los animales la condición de personas ni les otorga personalidad jurídica propia, sino que los considera como seres sintientes que merecen respeto y protección”*.

configurando una ficción jurídica que carece de precedentes y, en consecuencia, de muy difícil categorización⁴⁶. En relación con este tema, el Consejo de Estado, en su dictamen 1276/2023, de 25 de enero de 2024, sobre el proyecto de Real Decreto de desarrollo de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, ha dudado de la eficacia de esta norma en tanto en cuanto no configure todos los elementos esenciales del régimen jurídico aplicable al Mar Menor en tanto que persona jurídica, y entre dichos elementos destaca *“la delimitación de la clase de persona jurídica que es el Mar Menor”* y añade este alto órgano consultivo *“una cuestión que la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, no trata ni expresa ni implícitamente, creando una situación de vacío normativo que empecé el desarrollo reglamentario que el Gobierno está llamado a acometer por mor de lo establecido en la disposición final primera de la mencionada ley”*⁴⁷.

Pero no solo esto, sino que, además, nos encontramos con que la sentencia de la mayoría tampoco se cuestiona si un ecosistema posee aptitud para ser titular de derechos subjetivos. Es cierto que el reconocimiento de un derecho subjetivo es una potestad del ordenamiento jurídico que supone como contrapartida la obligación de respetarlo para terceros, sean sujetos públicos o privados, pero no es menos cierto que cualquier derecho subjetivo está integrado por un conjunto de facultades cuya satisfacción queda encomendada a la voluntad de su titular. Y esta voluntad difícilmente puede afirmarse de un ente conformado por seres inertes e inanimados, los cuales, como con acierto ha puesto de manifiesto cierto sector doctrinal⁴⁸, no pueden trasladar responsabilidad o acción alguna a la ficción de su nuevo sujeto de derechos que le pretende dar cobertura. Es por ello por lo que habrán de ser, por tanto, las personas, físicas o jurídicas, tal y como estipula la ley, las que deberán ejercitar los derechos que aquella reconoce al Mar Menor y que este ecosistema no puede ejercer por sí mismo, con lo que resulta que para que aquel disfrute de sus derechos es necesario el concurso de la voluntad de terceros; voluntad de terceros que, en algunos casos, y aunque pueda parecer contradictorio, que lo es, más que la defensa de los intereses medioambientales del Mar Menor podrán tener en cuenta la defensa de sus intereses. El sinsentido jurídico que supone la Ley 124/2022 es puesto de relieve por Carrasco Perera con las siguientes palabras: *“No se entiende muy bien la lógica de atribuir personalidad jurídica a la laguna y luego proponer que cualquier Administración pública se emplee a fondo para proteger sus milagros naturales y que cualquier ciudadano se entregue a su defensa como quijote de*

⁴⁶ Vid. en este sentido, Luque Regueiro, Fernando, “El insólito reconocimiento de personalidad jurídica a un entorno natural: nueva confrontación en el seno del Tribunal Constitucional”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 2025, 2025, pág. 27.

⁴⁷ Y añade el Consejo de Estado: *“En efecto, por definición, la norma proyectada no podrá especificar la naturaleza jurídica de la Tutoría del Mar Menor en tanto que sistema de gobernanza de la laguna y su cuenca - y por extensión las reglas de derecho público y/o privado a las que aquella estará sujeta- hasta que la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, no concrete la naturaleza jurídica del Mar Menor en tanto que entidad personificada.*

Si no se respetara este orden lógico y el Gobierno aprobase el reglamento de ejecución de la ley antes de que esta fuera completada, podrían producirse incongruencias dentro del grupo normativo que podrían poner en peligro el principio de seguridad jurídica constitucionalmente consagrado y la propia eficacia de esta novedosa técnica de protección de la naturaleza”. En base, precisamente, a estas consideraciones el alto órgano consultivo sugiere al Gobierno que promueva, en primer lugar, la reforma de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, en el sentido sugerido y, posteriormente, proceda a su desarrollo reglamentario.

⁴⁸ Vid. Viciano Pastor, R., “La problemática constitucional del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución.... Op. cit., pág. 145.

desvalidos ecosistemas, como si aquella no fuese ya el flamante sujeto de derechos primeramente interesado en la promoción de su propio interés medioambiental”⁴⁹.

d. Cambio de paradigma e incongruente respaldo en el reconocimiento de derechos a la naturaleza, en general, y a espacios naturales, en particular, en ordenamientos jurídicos ajenos a nuestra tradición jurídica y cultural

La sentencia del alto Tribunal, por otra parte, trata de apoyar su cambio de paradigma en la protección del medio ambiente en lo acontecido en los “ordenamientos jurídicos de todo el mundo”. A este respecto destaca, básicamente, el reconocimiento de los derechos de la naturaleza en la Constitución ecuatoriana de Montecristi de 2008 y las leyes bolivianas número 71 de 21 de diciembre de 2010 y la número 300 de 19 de octubre de 2012. Se trata en ambos casos de ordenamientos jurídicos de la región andina latinoamericana donde, como de todos es sabido, existe una especial conexión de los pueblos primitivos con la Pacha Mama de la que consideran que forman parte. Ciertamente, llama la atención el paralelismo existente entre el artículo 2 de la Ley 19/2022 y los artículos 71 y 72 de la Constitución de Montecristi en lo que al reconocimiento de derechos a la naturaleza o a este ecosistema se refiere puesto que ambos textos normativos (habiendo obviamente incorporado nuestro legislador lo dispuesto en aquel texto constitucional) reconocen, grosso modo, a los elementos naturales el derecho a existir, el derecho a evolucionar, derecho a la conservación y el derecho a la restauración⁵⁰. Con esto, en definitiva, lo que se ha hecho por nuestro legislador y, por ende, por el Tribunal Constitucional es introducir en nuestro ordenamiento jurídico un paradigma ecocéntrico propio de otras culturas y tradiciones jurídicas, que poco tienen que ver con la nuestra y, en general, con la europea. Como con acierto se afirma en el voto particular a la sentencia que se comenta, “*la realidad es que, como se deduce de la propia redacción de la sentencia, las manifestaciones normativas del denominado ecocentrismo son (...) ajenas a nuestra tradición y cultura política, social, económica y jurídica*”. A este respecto téngase en cuenta que en el Preámbulo de la Constitución andina se hace referencia explícita a dos conceptos tales son Pacha Mama y sumak kawsay. Así, se considera que el ser humano forma parte de aquella, la cual además es vital para su existencia. Y a partir de aquí, el pueblo ecuatoriano soberano decide constituir una nueva forma de convivencia ciudadana en armonía con aquella con la finalidad de conseguir el sumak kawsay o buen vivir; sumak kwasay que constituye uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta esta Constitución tal y como demuestra el hecho de que en el Capítulo segundo del Título

⁴⁹ Vid. El antropoceno es, quien lo duda, la estación propicia para personificar ecosistemas, *Novedades CESCO. La personalidad jurídica del mar Menor*, octubre de 2022, pág. 2.

⁵⁰ Disponen los artículos 71 y 72 de la Constitución de Ecuador: Art. 71. “*La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema*”.

Art. 72.- “*La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas*”.

II de la Constitución de Montecristi se consagren los derechos del buen vivir tales como agua y alimentación, ambiente sano, educación, salud, etc. Justamente, este buen vivir o *sumak kwasay* es una cosmovisión indígena, una forma de entender el mundo desde la visión de los pueblos primitivos y que se opone de modo radical a la concepción capitalista⁵¹. En definitiva, pues, el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos encuentra su apoyo fundamental en una cosmovisión ancestral indígena: *sumak kwasay*, la cual se traduce en una relación armónica del ser humano con la Pacha Mama⁵².

Y esta cosmovisión ancestral indígena también se pone de manifiesto en las leyes bolivianas atinentes a los derechos de la naturaleza tales como la Ley 71, de 21 de diciembre de 2010, de Derechos de la Madre Tierra y la Ley 300, de 15 de octubre de 2012, Marco de la Madre Tierra. Así, en la primera de estas normas se hace referencia a dicha cosmovisión en sus artículos 3 y 4⁵³, donde se afirma como desde las cosmovisiones de los pueblos originarios, la Pacha Mama es sagrada. Igual consideración se contiene en el artículo 5⁵⁴ de la Ley 300 Marco de la Madre Tierra, en la que además se contienen una serie de disposiciones sobre el Vivir bien.

⁵¹ Teniendo en cuenta los informes existentes sobre la Asamblea Constituyente del Ecuador que tuvo por finalidad elaborar la nueva Constitución ecológica así como las circunstancias sociopolíticas y económicas que atravesaba el país en los años 2007 y 2008, las razones que justificaron la constitucionalización de los derechos de la naturaleza se centraron en el rechazo y, consiguientemente, cuestionamiento del modelo de desarrollo económico capitalista al que se culpa del grave deterioro medioambiental existente en la región andina. La justificación última del reconocimiento de esta nueva categoría de derechos sería, sin duda, la protección de la naturaleza que es víctima del maltrato al que se la somete por parte del cruel sistema extractivista dominante en aquel país y al que, en consecuencia, es necesario limitar a efectos de garantizar un desarrollo sostenible. Y el instrumento idóneo para conseguir dicha limitación fue para los constituyentes ecuatorianos, precisamente, convertir a la Pacha Mama en sujeto de derechos.

⁵² Como ha puesto de manifiesto Huanacuni Mamani, los derechos de la Madre Tierra constituyen una nueva categoría conceptual, la cual surge de la cosmovisión ancestral de los pueblos indígenas del continente de Abya Yala. Vid., “Los derechos de la Madre Tierra”, *Revista Jurídica de Derecho*, vol. 2, n° 4, 2016.

Como bien se afirma en el voto particular a la STC 124/2024, de lo dispuesto en el marco constitucional ecuatoriano se ha generado una jurisprudencia en la que se destaca “la idea central de la protección de la Madre Naturaleza desde posiciones divinas, inspiradas en la cosmovisión de los pueblos indígenas, en la que el ser humano es naturaleza, forma parte de ella, y con la que se encuentra en una relación de simbiosis”. La referida jurisprudencia se contiene, básicamente, en la sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Loja de 2011 que reconoció los derechos del río Vilcabamba; las sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana de 2021 sobre la normativa ambiental de actividades mineras, que impone la obligación de aprobar por ley cualquier alteración del cuerpo natural de un cuerpo hídrico; la sentencia sobre el reconocimiento de derechos de los manglares y la sentencia sobre el Bosque Protector los Cedros, que reconoció al mismo como titular de los derechos constitucionales de la naturaleza, prohibiendo la actividad minera en su seno.

⁵³ Disponen los artículos 3 y 4 de la Ley 71 de Derechos de la Madre Tierra:

Art. 3 : “(MADRE TIERRA). La Madre Tierra es el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común.

La Madre Tierra es considerada sagrada, desde las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos”.

Art. 4. “(SISTEMAS DE VIDA). Son comunidades complejas y dinámicas de plantas, animales, micro organismos y otros seres y su entorno, donde interactúan comunidades humanas y el resto de la naturaleza como una unidad funcional, bajo la influencia de factores climáticos, fisiográficos y geológicos, así como de las prácticas productivas, y la diversidad cultural de las bolivianas y los bolivianos, y las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, las comunidades interculturales y afrobolivianas”.

⁵⁴ Es en el artículo 5 de esta ley donde se contienen las definiciones de Pacha Mama y Vivir Bien. Así, establece textualmente este precepto: “A los efectos de la presente Ley se entiende por:

Junto a lo acontecido en los países de la región andina, destaca la sentencia, a efectos de apoyar su cambio de paradigma interpretativo, el reconocimiento de personalidad jurídica a ecosistemas particulares, especialmente en Nueva Zelanda (a pesar de que, creo por error, la sentencia habla de Australia), en donde su Parlamento ha aprobado en la última década leyes reconociendo personalidad jurídica al Parque Nacional Te Urewera en 2014 y al río Whanganui en 2017 a través de Te Urewera Act 2014 (27 de julio de 2014) y Te awa tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017 (20 de marzo de 2017), respectivamente. Pasa por alto la sentencia de la mayoría que estas leyes han sido aprobadas como consecuencia de las reivindicaciones de las tribus indígenas maoríes, siendo fruto del acuerdo entre el Gobierno neozelandés con la tribu maorí de los Tūhoe en el primer caso y con la tribu maorí de los Whanganui en el caso del río del mismo nombre. En consecuencia, también en estos dos supuestos el reconocimiento de personalidad jurídica a aquellos ecosistemas encuentran fundamento en las cosmovisiones ancestrales indígenas: para los maoríes existe una conexión especial (espiritual) con la naturaleza, la cual tiene carácter sagrado⁵⁵.

1) *MADRE TIERRA. Es el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común. La Madre Tierra es considerada sagrada; alimenta y es el hogar que contiene, sostiene y reproduce a todos los seres vivos, los ecosistemas, la biodiversidad, las sociedades orgánicas y los individuos que la componen.*

2) *EL VIVIR BIEN (SUMAJ KAMAÑA, SUMAJ KAUSAY, YAIKO KAVI PĀVE). Es el horizonte civilizatorio y cultural alternativo al capitalismo y a la modernidad que nace en las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas, y es concebido en el contexto de la interculturalidad. Se alcanza de forma colectiva, complementaria y solidaria integrando en su realización práctica, entre otras dimensiones, las sociales, las culturales, las políticas, las económicas, las ecológicas, y las afectivas, para permitir el encuentro armonioso entre el conjunto de seres, componentes y recursos de la Madre Tierra. Significa vivir en complementariedad, en armonía y equilibrio con la Madre Tierra y las sociedades, en equidad y solidaridad y eliminando las desigualdades y los mecanismos de dominación. Es Vivir Bien entre nosotros, Vivir Bien con lo que nos rodea y Vivir Bien consigo mismo”.*

⁵⁵ La relación de simbiosis con la naturaleza en el caso de las tribus maoríes es similar a la existente entre los pueblos primitivos de la región andina y la Pacha Mama. En la Parte 1, subparte 1, 3 de Te Urewera Act de 2014 puede leerse:

“Te Urewera is ancient and enduring, a fortress of nature, alive with history; its scenery is abundant with mystery, adventure, and remote beauty.

Te Urewera is a place of spiritual value, with its own mana and mauri.

Te Urewera has an identity in and of itself, inspiring people to commit to its care.

For Tūhoe, Te Urewera is Te Manawa o te Ika a Māui; it is the heart of the great fish of Maui, its name being derived from Murakareke, the son of the ancestor Tūhoe.

For Tūhoe, Te Urewera is their ewe whenua, their place of origin and return, their homeland.

Te Urewera expresses and gives meaning to Tūhoe culture, language, customs, and identity. There Tūhoe hold mana by ahikāroa; they are tangata whenua and kaitiaki of Te Urewera”.

Por su parte, la Parte 2, subparte 2, 13 de Te Awa Tupua Act de 2017 dispone:

“Tupua te Kawa comprises the intrinsic values that represent the essence of Te Awa Tupua, namely—

Ko Te Kawa Tuatahi

Ko te Awa te mātāpuna o te ora: the River is the source of spiritual and physical sustenance:

Te Awa Tupua is a spiritual and physical entity that supports and sustains both the life and natural resources within the Whanganui River and the health and well-being of the iwi, hapū, and other communities of the River.

Ko Te Kawa Tuarua

A resultados de lo expuesto ahora, no puedo sino estar de acuerdo con el voto particular a la sentencia ahora comentada, cuando afirma que *“con todo el respeto que nos merecen los principios inspiradores de otras legislaciones, culturas y tradiciones, lo cierto es que la mera lectura de esos textos y de sus fundamentos ponen de manifiesto que los principios y valores que sustentan esos ordenamientos presentan notorias diferencias con los nuestros, e incompatibles con nuestra jerarquía constitucional de valores (según el Preámbulo de la Constitución de 1978: la justicia, la libertad, la seguridad y el bien común; según el artículo 1.1 CE la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político)”*.

e. Cambio de paradigma e incongruente respaldo en el Derecho Europeo

Es de destacar en lo que a la región europea se refiere, que la STC 142/2024 se aparta de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo que a la protección del medio ambiente se refiere, por lo que causa perplejidad que el Tribunal Constitucional cite la sentencia de aquel Tribunal de 9 de abril de 2024, asunto Verein Klimaseniorinnen Schweiz y otros contra Suiza para encontrar respaldo de una visión ecocéntrica del medio ambiente. Y es que en efecto, desde la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994, asunto López Ostra contra España, este órgano jurisdiccional ha conectado la protección del medio ambiente con la protección de los derechos fundamentales de la persona, o lo que es lo mismo, el Tribunal Europeo protege el medio ambiente con el objetivo de proteger en último término a la persona. En consecuencia, en la jurisprudencia del TEDH la protección del medio ambiente se realiza también desde una perspectiva antropocéntrica. Así, en el asunto López Ostra contra España, el Tribunal condenó al Estado español porque *“este no supo encontrar un justo equilibrio entre el interés del bienestar económico de la ciudad de Lorca (disponer de una planta depuradora) y el efectivo disfrute por parte de la actora del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada familiar”*⁵⁶, reconocidos estos

E rere kau mai i te Awa nui mai i te Kahui Maunga ki Tangaroa: the great River flows from the mountains to the sea:

Te Awa Tupua is an indivisible and living whole from the mountains to the sea, incorporating the Whanganui River and all of its physical and metaphysical elements.

Ko Te Kawa Tuatoru

Ko au te Awa, ko te Awa ko au: I am the River and the River is me:

The iwi and hapū of the Whanganui River have an inalienable connection with, and responsibility to, Te Awa Tupua and its health and well-being.

Ko Te Kawa Tuawhā

Ngā manga iti, ngā manga nui e honohono kau ana, ka tupu hei Awa Tupua: the small and large streams that flow into one another form one River:

Te Awa Tupua is a singular entity comprised of many elements and communities, working collaboratively for the common purpose of the health and well-being of Te Awa Tupua”.

⁵⁶ Los hechos que dieron lugar a este asunto fueron los siguientes: La ciudad murciana de Lorca tenía numerosas industrias de cuero. Para tratar de evitar la contaminación producida por las mismas, la propietaria de algunas de ellas, SARCUSA, construyó en terrenos propiedad del Ayuntamiento y con subvenciones del Estado, una planta depuradora de aguas y residuos, planta depuradora situada a tan solo 15 metros del domicilio de la recurrente, la Sra. Gregoria López Ostra. Sin embargo, el funcionamiento anormal de la depuradora generó emanaciones de gas, malos olores y contaminaciones, lo que provocó problemas de salud a muchos ciudadanos de Lorca, especialmente a los que vivían en el mismo barrio que la Sra. López de Ostra. Como consecuencia de esta situación, el Ayuntamiento de Lorca ordenó el cese

últimos derechos en el artículo 8 del Convenio de Roma⁵⁷, por lo que hubo conculcación de este precepto convencional. En definitiva, pues, de este pronunciamiento se desprende que, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resulta claro que los daños producidos al medio ambiente pueden afectar al bienestar de los seres humanos, privándoles del goce de su domicilio, de tal modo que sus derechos a la vida privada y familiar resulten vulnerados.

Por su parte, en el asunto Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otros contra Suiza, al que alude expresamente la sentencia del Tribunal Constitucional que ahora se comenta, el Tribunal también conecta la protección del medio ambiente con los derechos humanos, resolviendo, en consecuencia, el problema desde una perspectiva antropocéntrica. De esta forma, el Tribunal condenó a Suiza, por lo que ahora me importa, por conculcación del artículo 8 del Convenio de Roma, habida cuenta que el cambio climático puede tener efectos perjudiciales sobre los derechos de las personas consagrados en el precitado precepto, y las autoridades suizas *“nónt pas agí en temps utile et de maniere appropriée et cohérente pour la conception, le développement et la mise en ouvre du cadre législatif et réglementaire pertinente”*; por consiguiente, el Estado suizo, a juicio del Tribunal, ha sobrepasado los límites de su margen de apreciación faltando a las obligaciones positivas que el artículo 8 del Convenio le imponen⁵⁸. Como bien pone de manifiesto el voto particular a la STC 142/2024, en este pronunciamiento *“el Tribunal examina el supuesto de hecho desde la consideración del derecho de las personas a una protección eficaz por parte de las autoridades frente a los graves efectos adversos del cambio climático sobre su vida, su salud, bienestar y calidad de vida, así como desde la perspectiva de la interpretación y aplicación real y efectiva de los derechos reconocidos en el CEDH”*.

Precisamente, esta jurisprudencia sentada por el TEDH que supone admitir la vertiente subjetiva de la protección del medio ambiente, pero desde una perspectiva antropocéntrica, ha sido la acogida por el Tribunal Constitucional español, en base al artículo 10.2 CE, a partir del año 2001. En efecto, en la STC 119/2001⁵⁹ el Tribunal reconoce que la contaminación acústica puede

parcial de una parte de la planta depuradora, pero ello no impidió que la misma siguiera emitiendo humos, ruidos y malos olores que hicieron insoportable las condiciones de vida de la actora y de su familia, provocándoles problemas considerables de salud; problemas serios de salud que también tuvieron muchos habitantes de Lorca.

⁵⁷ Dispone el artículo 8 del Convenio Europeo de derechos Humanos: *“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

⁵⁸ Los hechos que dieron lugar a este pronunciamiento fueron los siguientes: La asociación KlimaSeniorinnen Schweiz, integrada por mujeres de edad avanzada y con residencia en el Estado suizo, demandan a este por su inacción legislativa contra la emisión de gases de efecto invernadero y los consiguientes efectos nocivos de estos en la salud de las personas.

Puesto que, en este pronunciamiento, el TEDH es la primera vez que se pronuncia sobre la responsabilidad de los Estados por su inacción en materia de lucha contra el cambio climático, se ha considerado el mismo como histórico. Vid. en este sentido Steible, B., El clima llega a Estrasburgo: la histórica sentencia KlimaSeniorinnen contra Suiza, en Blog de los Estudios de Derecho y Ciencia Política, de 22 de abril de 2024, Universitat Oberta de Catalunya.

⁵⁹ Este pronunciamiento es consecuencia del recurso de amparo interpuesto por la Sra. Pilar Moreno Gómez contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia que desestimó el recurso contencioso-

conllevar una afectación del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) así como de los derechos a la intimidad personal y familiar en el domicilio propio (art. 18.1 y 2 CE). En este sentido y por lo que respecta al primero de los derechos mencionados, afirmará expresamente el alto Tribunal que *“(...) habremos de convenir en que, cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, está situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del art. 15 CE, sin embargo, cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado su derecho garantizado en el art. 15 CE”*. Similar consideración realiza el Tribunal respecto a los derechos del artículo 18 CE: *“(...) podemos concluir que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida”*.

Precisamente, esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional incidiendo en la dimensión subjetiva de la protección del medio ambiente, se reiterará en la posterior STC 150/2011⁶⁰, en la que, además, traerá a colación de manera expresa la doctrina jurisprudencial del TEDH expuesta en las líneas precedentes⁶¹.

administrativo interpuesto contra el Ayuntamiento de Valencia por su inacción frente a los molestos ruidos que la actora manifestó padecer en su domicilio.

⁶⁰ Así, puede leerse en la STC 150/2011: *“En la citada STC 119/2001, definimos de un modo bastante acabado aquellas condiciones y las reiteramos en la STC 16/2004, de 23 de febrero. Acerca del derecho a la integridad física y moral dijimos que «cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del art. 15 CE, sin embargo, cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15 CE»*. Por su parte, *«el art. 18 CE dota de entidad propia y diferenciada a los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar (art. 18.1) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2). Respecto del primero de estos derechos fundamentales ya hemos advertido en el anterior fundamento jurídico que este Tribunal ha precisado que su objeto hace referencia a un ámbito de la vida de las personas excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, y que la delimitación de este ámbito ha de hacerse en función del libre desarrollo de la personalidad. De acuerdo con este criterio, hemos de convenir en que uno de dichos ámbitos es el domiciliario por ser aquél en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima (SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 137/1985, de 17 de octubre; y 94/1999, de 31 de mayo). Teniendo esto presente, podemos concluir que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida»*”.

⁶¹ Afirmará a este respecto el Tribunal: *“Particularmente sensible a esta realidad ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya doctrina, que se recoge especialmente en sus Sentencias de 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra contra Reino de España, y de 19 de febrero de 1998, caso Guerra y otros contra Italia, advierte que, en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden privarle del disfrute de su domicilio y, en consecuencia, atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar en los términos del art. 8.1 del Convenio de Roma. Más recientemente, en*

Por lo demás, también llama la atención que para respaldar su giro interpretativo en la protección del medio ambiente la sentencia de la mayoría haga referencia a textos constitucionales de Europa, tales como la Constitución italiana y la alemana, alegando que *“el constitucionalismo medioambiental contemporáneo, cuya expresión paradigmática es el artículo 21 de la Ley Fundamental de Bonn, vincula la protección del medio ambiente o del medio natural a la preservación del mismo para disfrute y garantía de la calidad de vida de las generaciones futuras (...) De forma parecida, en Italia, la tutela del ambiente y la biodiversidad de los ecosistemas, también en interés de las generaciones futuras, se convirtió en principio fundamental con la reforma de su Constitución en 2022”*. El Tribunal, de manera errónea a mi juicio, parece querer vincular únicamente los derechos de la naturaleza o los derechos de ecosistemas particulares con los derechos de las generaciones futuras; derechos de las generaciones futuras que pueden preservarse de la misma forma con una visión antropocéntrica de la protección del medio ambiente. De hecho, en los precitados textos constitucionales se hace referencia a las generaciones futuras y a la protección del medio ambiente, pero no a los derechos de la naturaleza. Así en el artículo 20 a) de la Ley Fundamental de Bonn se dispone que *“El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial”*, mientras que el artículo 9 de la Constitución italiana dispone que : *“La República promueve el desarrollo de la cultura y de la investigación científica y técnica. Salvaguarda el entorno natural y el patrimonio histórico y artístico de la nación. Salvaguarda el medio ambiente, la biodiversidad y los ecosistemas, también en interés de las generaciones futuras. La Ley del Estado regula los modos y las formas de protección de los animales”*. De nuevo, no puedo sino estar de acuerdo con el voto particular a la STC 142/2024, cuando señala que *“ambos textos aluden a la obligación de protección del medio ambiente, haciendo hincapié también en las generaciones futuras, pero no como derechos fundamentales de los ciudadanos ni como derechos de los espacios naturales. En concreto, el artículo 20 a) de la Ley Fundamental de Bonn lo hace dentro de la regulación de la “Federación y los Lander” (arts. 20 y ss.), no en el título relativo a los derechos fundamentales (art. 1 a 19); mientras que el art. 9 de la Constitución italiana se ubica entre los principios fundamentales (arts. 1 a 12), no como derecho o deber de los ciudadanos”*. En suma, no hay noma jurídica alguna, independientemente del rango de la misma, que en el continente europeo, caracterizado por una serie de valores culturales y jurídicos comunes, haya reconocido derechos a los espacios naturales o a la Pacha Mama en general, a excepción de esta ley española 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica al Mar Menor y su cuenca⁶².

una sentencia muy conectada con el presente asunto como es la de 16 de noviembre de 2004, caso Moreno Gómez contra Reino de España, insiste en que «atentar contra el derecho al respeto del domicilio no supone sólo una vulneración material o corporal, como la entrada en el domicilio de una persona no autorizada, sino también una vulneración inmaterial o incorporeal, como los ruidos, las emisiones, los olores y otras injerencias. Si la vulneración es grave, puede privar a una persona de su derecho al respeto del domicilio puesto que le impide disfrutar del mismo».

⁶² Para apoyar el cambio de paradigma en la interpretación del artículo 45 CE, la STC 142/2024 cita una decisión de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal alemán de 24 de marzo de 2021 y una sentencia de la Corte de casación holandesa de 20 de diciembre de 2019. El voto particular se muestra en pleno desacuerdo con que se utilicen estas resoluciones europeas en apoyo de una concepción ecocéntrica del medio ambiente, hasta el punto de afirmar que *“tan voluntaristas resultan esas referencias que preocupa la percepción que esos órganos puedan tener de la comprensión de sus resoluciones”*. En este sentido y en relación con la primera resolución citada afirma el voto particular: *“Otro tanto se puede decir del auto de 24*

5. Conclusiones

El primer interprete de la Constitución, a través de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, ha reconocido personalidad al Mar Menor y su cuenca, introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico y, por ende, en la vieja Europa un nuevo paradigma interpretativo en la protección del medio ambiente, al considerar a dicho espacio natural titular de derechos en beneficio propio, y no en beneficio del hombre. Por decirlo con otras palabras, el legislador se ha apartado de la clásica interpretación antropocéntrica del medio ambiente por virtud de la cual el ser humano ocupa un lugar central en lo que a la protección del medio ambiente se refiere, para dar paso a una interpretación ecocéntrica de tal forma que dicho ecosistema se va a proteger para garantizar su propio bienestar.

Si el primer interprete de la Constitución llevaba a cabo a través de la precitada ley el cambio de paradigma en la interpretación del art. 45 CE, su máximo interprete, el Tribunal Constitucional, ha considerado conforme con aquella el referido cambio en la reciente STC 142/2024, de 20 de noviembre. A juicio del alto Tribunal, la elección realizada por el legislador de atribuir personalidad jurídica a un espacio natural en nada se opone al contenido del precepto constitucional ni a la finalidad de este. Ahora bien, en mi opinión, la fundamentación ofrecida en esta sentencia no goza de la consistencia necesaria para justificar una cuestión de tanta trascendencia como es el cambio de paradigma en la interpretación de los derechos, en concreto, del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado. Y ello por varias razones:

de marzo de 2021, del Tribunal Constitucional Federal de Alemania (Sala Primera), dictado en el asunto «1 BvR 2656/18» (...).

Por un lado, se afirma en ese auto que el deber del Estado derivado del derecho a la vida y la integridad física (art. 2.2 de la Ley Fundamental de Bonn) abarca la protección contra los riesgos y las afecciones provocadas por el cambio climático (apartados 144 a 150). Por otro lado, el art. 20a obliga al Estado a tomar medidas de protección climática que, en cuanto impliquen una injerencia en los derechos fundamentales, ha de estar justificada desde el punto de vista constitucional, mediante su previsión legislativa y de forma proporcional (apartados 188 a 194). Sentado lo anterior, el motivo de la estimación del recurso de amparo planteado por los demandantes de ese asunto fue la necesidad de proteger el derecho a la libertad de acción (art. 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn) que, según el Tribunal, presenta una dimensión temporal ilimitada hacia el futuro, de manera que las eventuales restricciones a la libertad que representan las medidas de control del cambio climático se distribuyan de forma proporcionada entre las distintas generaciones". Y en relación con el pronunciamiento referido de los Países Bajos señala el voto particular: "La sentencia del Tribunal Supremo de los Países Bajos de 20 de diciembre de 2019 (asunto Stichting Urgenda c. Países Bajos) tampoco altera el paradigma descrito. En su resolución, la Corte de Casación confirma las sentencias dictadas por los órganos de instancia, en las que se condena al estado neerlandés a cumplir con los objetivos de reducción de gases de efecto invernadero a los que se había comprometido de conformidad con lo establecido en el anexo I del informe del IPCC (Grupo intergubernamental de expertos sobre el cambio climático) de 2007. Según figura en la sentencia (apartados 7.4.1 a 7.5.3), la política del Estado estaba orientada a lograr la reducción del 30 por 100 en 2020 (en comparación con los datos del año 1990). Sin embargo, a partir del año 2011, y en el contexto de la Unión Europea, el objetivo de reducción se limitó al 20 por 100 sin que el Estado hubiera explicado esa disminución. La sentencia considera (apartados 5.2.1 a 5.5.3) que los arts. 2 y 8 CEDH consagran el deber de los estados de adoptar las medidas adecuadas si existe riesgo para la vida o integridad de las personas (riesgo que considera acreditado en función de los informes aportados y del consenso científico constatable), también en materia de medio ambiente, y que esas medidas pueden ser exigibles a través de los tribunales en virtud del derecho al recurso efectivo contemplado en el art. 13 CEDH."

En primer lugar, el artículo 45 CE reconoce el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado en beneficio de la persona e igualmente se obliga a los poderes públicos a velar por la utilización racional de todos los recursos naturales con la finalidad de salvaguardar la calidad de la vida; calidad de la vida que únicamente puede ser vida humana que es a la que la Constitución española se refiere como no puede ser de otra forma tratándose de una Constitución de origen liberal. Esta concepción antropocéntrica del medio ambiente que se contiene en la Constitución es, justamente, la que de manera acertada, ha venido defendiendo el alto Tribunal desde sus primeros pronunciamientos.

En segundo lugar, no puede justificarse, como hace el Tribunal, el cambio de paradigma interpretativo en argumentos de carácter práctico como es el hecho de que la normativa ambiental antropocéntrica existente no ha impedido el deterioro ambiental del Mar Menor y de su cuenca, y el reconocimiento de derechos a este ecosistema si impedirá dicho deterioro. Ciertamente, los acontecimientos sucedidos en la región andina parecen contradecir las consideraciones del Tribunal en este sentido, por lo que creemos que la efectiva protección del medio ambiente dependerá, en definitiva, de que el instrumento elegido por el legislador se aplique de forma eficaz.

En tercer lugar, la sentencia de la mayoría del Tribunal considera legítimo, desde una perspectiva constitucional, el hecho de que la Ley 19/2022 al atribuir personalidad jurídica al ecosistema, está situando en el mismo plano a un espacio natural con la persona humana, mutando completamente el paradigma existente en nuestro ordenamiento jurídico constitucional en lo que se refiere a la titularidad de derechos puesto que nuestra noma suprema, al igual, por lo demás, que el resto de Constituciones de nuestro entorno jurídico, ha adoptado un enfoque antropocéntrico y solo reconoce derechos a las personas. Pero es que además, el Tribunal Constitucional pasa por alto determinados aspectos que no pueden considerarse baladíes, sino que, por contra, tiene una evidente trascendencia jurídica. En este sentido, aquel no se cuestiona si realmente la Ley crea una nueva persona jurídica o no; y tampoco se cuestiona el hecho de si un ecosistema posee aptitud para ser titular de derechos subjetivos.

En cuarto lugar, el Tribunal trata de apoyar la admisión del cambio de paradigma en lo acontecido en la región andina y en Nueva Zelanda, en donde constitucional y legalmente se han reconocido derechos a la naturaleza y a determinados ecosistemas. Con ello no tiene en cuenta, a mi juicio, que tales ordenamientos jurídicos en lo que a medio ambiente se refiere, son ajenos a nuestra tradición jurídica y cultural. Piénsese a este respecto que tanto en Ecuador, como en Bolivia, así como en Nueva Zelanda el reconocimiento de aquellos derechos encuentra fundamento en cosmovisiones ancestrales indígenas, por virtud de las cuales los seres humanos tienen una especial relación con la Naturaleza o Pacha Mama.

Y finalmente, con esta sentencia, el TC se aparta de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; jurisprudencia que ha sido acogida por el Tribunal Constitucional español a partir de la STC 119/2021. En efecto, desde el asunto López Ostra contra España, resuelto por el TEDH en el año 1994, este órgano jurisdiccional ha conectado la protección del medio ambiente con la protección de los derechos fundamentales de la persona por lo que este Tribunal protege el medio ambiente también desde una perspectiva antropocéntrica. Es por ello por lo que llama la atención que la sentencia de la mayoría cite la

sentencia de 9 de abril de 2024, asunto Verein Klimaseniorinnen Schweiz y otros contra Suiza, para tratar de respaldar la interpretación ecocéntrica del medio ambiente.

Todas estas razones ahora apuntadas me llevan a disentir de la STC 142/2024. Considero, por tanto, que una interpretación ecocéntrica del medio ambiente no tiene cabida en la Constitución española de 1978. Como acertadamente pone de manifiesto el voto particular a la referida sentencia, “*la evidente ineficacia de la configuración y/o ejecución de las medidas de protección del Mar Menor no debería conducir al desmantelamiento de estructuras jurídicas básicas que se encuentran en el origen de un sistema normativo e institucional*” como el español. Probablemente, la protección del medio ambiente desde una visión antropocéntrica (defendida por el TEDH y seguida por el TC español y con perfecto encaje en nuestro texto constitucional) goce de mayor eficacia, tal y como sostiene Consuelo Alonso⁶³, que la vía ideada por el legislador español (copiando modelos de otros ordenamientos jurídicos ajenos a nuestros valores jurídicos y culturales) que, como hemos visto, no goza de evidencia en la práctica.

Sea como fuere, lo cierto es que el Mar Menor y su cuenca necesita de una protección eficaz, porque no podemos olvidar que del bienestar de nuestros espacios naturales depende, en último término, nuestro bienestar.

6. Bibliografía

ACOSTA, Alberto, «Construcción constituyente de los derechos de la naturaleza. Repasando una historia con mucho futuro», *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Universidad Libre, Bogotá, 2019.

ALENZA GARCÍA, José Francisco, «Sobre los aparentes derechos reconocidos al Mar Menor. A propósito de la STC 142/2024 sobre la ley que reconoce personalidad jurídica al Mar Menor», *Revista de Administración Pública*, nº 226, 2025.

ALONSO GARCÍA, Consuelo, *La protección de la dimensión subjetiva del medio ambiente*, Aranzadi, Navarra, 2015.

AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, Juan Manuel, «Sobre derechos de la naturaleza y otras prosopopeyas jurídicas, a propósito de una persona llamada Mar Menor», *Actualidad Jurídica ambiental*, de 2 de octubre de 2023.

CARRASCO PERERA, Ángel, «El antropoceno es, quien lo duda, la estación propicia para personificar ecosistemas», *Novedades CESCO. La personalidad jurídica del mar Menor*, octubre de 2022.

CORDÓN MORENO, Faustino, «Legitimación para la defensa del Mar Menor personificado como sujeto de derecho», *Novedades CESCO. La personalidad jurídica del mar Menor*, octubre de 2022.

⁶³ Vid., *La protección de la dimensión subjetiva del medio ambiente*, Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 120

FUCHS, Marie-Christine, «Los derechos de la naturaleza llegan a Europa: Luces y sombras del caso del Mar Menor en España», *Agenda Estado de Derecho*. 2023/02/13. Disponible en: <https://agendaestadodederecho.com/los-derechos-de-la-naturaleza-llegan-a-europa/>

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, «Derechos de la naturaleza, neoconstitucionalismo andino y ecopopulismo», *Parlamento y Constitución, Anuario*, nº 24, 2023

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, «Las falacias del Mar Menor», en *Acento Local, El blog de actualidad jurídica local*, de 2 de noviembre de 2022.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, «Algunos reparos a la doctrina del Mar Menor», en *Almacén de Derecho*, septiembre de 2022

GARCÍA GUIJARRO, Pedro, «El encaje jurídico-constitucional de la personalidad jurídica del Mar Menor y su cuenca», en *Cuadernos Constitucionales*, nº 4, 2023.

HUANACUNI MANANI, Fernando, «Los derechos de la Madre Tierra», *Revista Jurídica de Derecho*, vol. 2, nº 4, 2016.

LLASAG FERNÁNDEZ, Raúl, *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2011.

LOZANO CUTANDA, Blanca, «La declaración del Mar Menor y su cuenca como persona jurídica: un embrollo jurídico», en *Novedades CESCO. La personalidad jurídica del mar Menor*, octubre de 2022.

LUQUE REGUEIRO, Fernando, «El insólito reconocimiento de personalidad jurídica a un entorno natural: nueva confrontación en el seno del Tribunal Constitucional», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 2025, 2025.

REDONDO GARCÍA, Antonio, «El reconocimiento de personalidad jurídica como recurso para la protección de las realidades naturales amenazadas: un análisis crítico desde la bioética», *EIDON*, nº 62, 2024.

SORO MATEO, Blanca y ALVAREZ CARREÑO, Santiago Manuel, «Derechos de la naturaleza y Constitución; a propósito del caso de la laguna del Mar Menor», en *REAF-JSG* nº 39, 2024.

SORO MATEO, Blanca y ALVAREZ CARREÑO, Santiago Manuel, «Los derechos de la Naturaleza llegan a Europa. Luces y sombras en el caso del mar Menor en España», *Agenda Estado de Derecho* de 13 de febrero de 2023.

SORO MATEO, Blanca, ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago Manuel y PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, Elisa, «El reconocimiento de personalidad jurídica y derechos propios al Mar Menor y su cuenca como respuesta a la crisis del derecho ambiental», *Anuario de Derecho Ambiental. Observatorio de políticas ambientales*, 2023.

VICENTE GIMÉNEZ, Teresa y SALAZAR ORTUÑO, Eduardo, «La ILP para el reconocimiento de personalidad jurídica y derechos propios al Mar Menor y su cuenca», en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. XIII, nº 1, 2022.

VICIANO PASTOR, Roberto, «La problemática constitucional del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución del Ecuador», *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Universidad Libre, Bogotá, 2019.

VIDAL MARÍN, Tomás, «Sombras en el reconocimiento constitucional de los derechos de la naturaleza en Latinoamérica: especial consideración de la Constitución Ecológica de Ecuador», en F.J. DÍAZ REVORIO / M. GONZÁLEZ GIMÉNEZ, M. *Interculturalidad, derechos de la naturaleza, paz, valores para un nuevo constitucionalismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020

WOLKMER, Antonio Carlos, WOLKMER, María de Fátima, y FERAZZO, Debora, «Derechos de la naturaleza: por un paradigma político y constitucional desde la América Latina», *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Universidad Libre, Bogotá, 2019

Filtraciones de información judicial reservada: investigación, obstáculos y desafíos en la persecución del delito cometido

Especial referencia al Reglamento UE 2024/1083 sobre la libertad de los medios de comunicación

Sumario

-

La investigación de las filtraciones de información judicial reservada en un proceso penal se enfrenta frecuentemente al obstáculo que representa el derecho del periodista a no revelar sus fuentes. El ordenamiento jurídico español, a diferencia de otros, no contempla una regulación expresa sobre este derecho, y es la jurisprudencia la que determina aquellos casos en los que es posible practicar diligencias que sirvan para identificar al autor de la filtración, de una manera restrictiva y dejando escaso margen de maniobra. En este contexto, entra en juego el Reglamento UE 2024/1083 sobre la Libertad de los Medios de Comunicación. Se trata de una norma que incluye ciertas previsiones que afectan de manera directa a la eventual preservación del anonimato de las fuentes periodísticas en el curso de una investigación penal. Previsiones que van desde una eventual obligación a revelar las fuentes de información hasta la posibilidad de instalar programas espía en los dispositivos utilizados por los periodistas. El presente trabajo analiza las disposiciones reglamentarias, con vistas a determinar hasta qué punto su entrada en vigor supone un cambio de tendencia que permita ampliar los supuestos en los que sea posible quebrantar el espacio inviolable que hasta ahora ha ocupado el derecho del periodista a no revelar sus fuentes.

Abstract

-

The investigation of leaks of confidential judicial information in criminal proceedings often faces an obstacle: the journalist's right not to reveal their sources. The Spanish legal system, unlike others, does not contemplate an express regulation on this right, and it is case law that determines those situations in which it is possible to take measures to identify the author of the leak, in a restrictive manner. In this context, EU Regulation 2024/1083 on Freedom of the Media comes into play. This regulation includes certain provisions that directly affect the preservation of the anonymity of journalistic sources in the course of a criminal investigation, such as the obligation to reveal the sources of information or the possibility to install spyware on the devices used by journalists. This paper analyses the regulatory provisions, to determine whether they represent a change of trend that would limit the right to confidentiality of sources in order to obtain information about the author of a judicial leak.

-

Title: *Leaks of confidential judicial information: obstacles and challenges in the investigation of the offence committed. Special reference to EU Regulation 2024/1083 on freedom of the media.*

-

Palabras clave: Filtraciones, Confidencialidad, Libertad de prensa, Fuentes, Unión Europea, España, Derecho a la información.

Keywords: *Leaks, Confidential, Free press, Sources, European Union, Spain, Right to information.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2025.i3.15

3.2025

Recepción
26/3/2025

-

Aceptación
24/04/2025

-

Índice

-

1. Introducción

2. La investigación judicial sobre eventuales filtraciones a partir del Reglamento (UE) 2024/1083, de 11 de abril sobre la libertad de los medios de comunicación

3. El secreto profesional del periodista como obstáculo en la investigación penal sobre la filtración de información judicial de naturaleza reservada

4. Conclusiones

5. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento

-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción

Tras su entrada en vigor en el mes de mayo de 2024, en agosto de 2025 deviene plenamente aplicable el Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo 2024/1083, de 11 de abril, sobre la Libertad de los Medios de Comunicación. Con él se pretende establecer un conjunto de normas encaminadas a proteger el pluralismo y la independencia de los medios de comunicación en la UE y, con ello, garantizar que puedan operar más fácilmente a través de las fronteras en el mercado interior de la UE, sin presiones indebidas y teniendo en cuenta la transformación digital del espacio mediático¹. En este sentido, y de manera particular, algunos de los fines perseguidos por esta nueva norma de aplicación directa en el espacio comunitario europeo se centran en la protección de la independencia editorial, la protección de las fuentes periodísticas –en especial frente al uso de programas espía-, y la garantía de un funcionamiento independiente de los medios de comunicación públicos. No hay que olvidar que la UE se encuentra enfocada en reforzar «la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación» con el fin de garantizar «el flujo de información» y asegurar su «papel clave a la hora de exigir responsabilidades al poder»², en la línea de lo establecido en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, cuyo artículo 10 consagra el derecho a una libertad de expresión en la que se incluye tanto «la libertad de expresar opiniones» como de «recibir y transmitir información e ideas sin interferencia de la autoridad pública». Todo ello unido a la necesidad de garantizar «la libertad y pluralismo de los medios de comunicación»³.

Más allá del interés que pueda presentar el contenido del Reglamento mencionado en sus consideraciones sobre la independencia de los medios de comunicación, lo cierto es que desde una perspectiva jurídica y procesal la norma europea genera ciertos interrogantes que merecen ser objeto de análisis, en especial en aquellos aspectos relacionados con la investigación que se desarrolla para determinar la responsabilidad penal por la filtración de una información judicial de carácter confidencial. Práctica esta última que resulta habitual en un contexto en el que existe «un acceso generalizado de los medios de comunicación a información contenida en expedientes judiciales» y en particular a las diligencias sumariales, según ha sido reconocido

¹ https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/new-push-european-democracy/protecting-democracy/european-media-freedom-act_es. La nueva normativa toma como base la Directiva de servicios de comunicación audiovisual de 2010, modificada en el año 2018 (<https://www.boe.es/doue/2018/303/L00069-00092.pdf>). A este respecto es preciso tener en cuenta que existen ciertas excepciones que, si bien no se aplican al objeto del presente trabajo –artículo 4, apartado 3-, conviene mencionar. Así: a) el artículo 3 deviene aplicable a partir del 8 de noviembre de 2024; b) el artículo 4, apartados 1 y 2, el artículo 6, apartado 3 y los artículos 7 a 13 y 28 a partir del 8 de febrero de 2025; c) los artículos 14 a 17 a partir del 8 de mayo de 2025; d) y el artículo 20 a partir del 8 de mayo de 2027. Asimismo, es preciso subrayar que el Reglamento es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro de la UE.

² <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/media-freedom>

³ La Convención para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950, del Consejo de Europa –Roma-, sigue los mismos parámetros a través de un artículo 10 en el que se establece cómo «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras». Véase a este respecto las consideraciones efectuadas por AZURMENDI sobre la terminología empleada y la necesidad de evitar el uso del término «libertad de expresión» en la definición del «derecho a la información» [«Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1959-1999): cuarenta años de jurisprudencia sobre el derecho a la información», *Comunicación y Sociedad*, vol. XIII, núm. 1, 2000, pp. 15].

por nuestros propios tribunales de justicia⁴. En este sentido, es importante recordar que la fase de instrucción del proceso penal es reservada, por lo que sólo las partes que están personadas pueden acceder a las actuaciones, según lo que establece el artículo 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.). Esta limitación del principio de publicidad con relación a quienes no son parte en el proceso se basa en la necesidad de preservar el éxito de la investigación criminal. Esto es, el carácter reservado que presenta la fase de instrucción, y la ausencia de publicidad en la práctica de sus diligencias, encuentra su razón de ser en la voluntad de evitar que el flujo de información pueda llegar a aquel o aquellos sujetos cuya participación en el hecho delictivo todavía no ha sido concretada y que, por tanto, no han adquirido por el momento la condición formal de investigados. Una circunstancia del todo punto lógica que se ve justificada por la doctrina que, con carácter consolidado, viene emitiendo el Tribunal Constitucional⁵. Además, junto a la eficacia en el desarrollo de la investigación criminal, podemos considerar igualmente, como elemento complementario que sirve para justificar la reserva de las actuaciones procesales de instrucción, la necesaria preservación del derecho a la intimidad de quien es investigado. Un sujeto que, no hay que olvidarlo, se encuentra amparado por el principio de presunción de inocencia⁶.

La protección penal que se aplica sobre la exigencia de reserva establecida en la fase de instrucción y de la eventual declaración de secreto de las actuaciones para las partes personadas en la instrucción encuentra una primera proyección en la Ley de Enjuiciamiento Criminal mediante la previsión de una multa aplicable a aquellos abogados o procuradores que «revelaren indebidamente el contenido del sumario», cuyo importe puede situarse entre 500 y 10.000 euros. Sanción económica en la que incurrirá igualmente «cualquier otra persona que no siendo funcionario público cometa la misma falta» (artículo 301 LECrim.). Junto a ello se establece una remisión al Código Penal en lo que atañe a los funcionarios públicos, estableciéndose al respecto una responsabilidad criminal asociada con carácter general a la revelación de secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados. Supuesto éste en el que puede aplicarse una pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años; incrementándose la pena a prisión entre uno y tres años, e inhabilitación especial para para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años, en aquellos casos en los que la revelación cause «grave daño para la causa pública o para tercero»

⁴ SAP de Barcelona, Sección 3, núm. 195/2022 (nº. de recurso 11/2022) de 28 de febrero de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:13740A, Ponente: Yolanda Rueda Soriano).

⁵ STC (Sala primera) 95/2019, de 15 de julio (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019, pág. 89701). En esta línea, la STC 13/1985. En torno al secreto de sumario, es conveniente precisar, siguiendo a BARRERO ORTEGA y al amparo de la doctrina emitida por el Tribunal Constitucional, que «sólo quedan cubiertos por el secreto de sumario los conocimientos extraídos ilegítimamente de las mismas actuaciones procesales, pero no lo sabido al margen del proceso, no las informaciones obtenidas antes o en paralelo al proceso, lo cual no sólo implica que los terceros que tuvieran conocimiento de hechos relativos a la investigación judicial pueden relatarlos públicamente, sino que los propios testigos y hasta las partes pueden relatar públicamente lo que hayan declarado ante la autoridad judicial, ya que el conocimiento de tales datos no les viene dado por el sumario, sino que trae causa de la percepción directa de lo acontecido» (BARRERO ORTEGA, *Juicios por la prensa y ordenamiento constitucional*, 2010, p. 69).

⁶ Véase lo dicho por RIAÑO BRUN (*Derechos y defensas del investigado en el proceso penal*, ed. Aranzadi, 2022, p. 101). Asimismo, resultan de interés las consideraciones de AZURMENDI sobre la eventual flexibilización del secreto sumarial y las posiciones doctrinales mantenidas al respecto, en su trabajo «Derecho a la información y administración de Justicia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 75, septiembre-diciembre 2005, p. 147-148.

(artículo 417 CP). Junto a ello, el Código Penal establece igualmente una previsión específica para aquellos casos en los que se produzca una revelación de actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial -secreto de sumario- por parte del Juez o miembro del Tribunal, representantes del Ministerio Fiscal, Letrado de la Administración de Justicia o cualquier funcionario al servicio de la Administración de Justicia, incrementando las penas previstas en el artículo 417 en su mitad superior (artículo 466 CP). Algo que se ve completado con una referencia a la revelación de actuaciones procesales secretas por abogados, procuradores y cualquier otro particular que intervenga en el proceso, que podrán incurrir en una multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial de uno a cuatro años, en el caso de los profesionales jurídicos, y de la misma pena en su mitad inferior, los particulares.

El carácter necesariamente reservado de las actuaciones judiciales en instrucción y la responsabilidad penal asociada a la eventual revelación –filtración- de datos asociados a la misma, determina la necesaria incoación de un procedimiento penal en aquellos casos en los que un medio de comunicación publique información de esta naturaleza sobre el desarrollo de la investigación, con el objetivo de identificar la fuente que nutre el contenido del artículo periodístico. Esta investigación, sin embargo, se encuentra de manera habitual con el obstáculo que representa el reconocimiento del derecho del periodista a no revelar la fuente que le ha facilitado la información. En este sentido, el artículo 20 de la Constitución, tras señalar de manera explícita la necesaria protección del derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión», menciona igualmente el «secreto profesional» como elemento esencial «en el ejercicio de estas libertades», exigiendo al respecto una regulación legal al efecto que –todavía y todo sea dicho- no se ha llevado a cabo a pesar de los diferentes proyectos legislativos planteados hasta el momento –el último, fechado en 2022⁷. El reconocimiento constitucional del derecho mencionado constituye el principal problema con el que se encuentra la autoridad judicial y policial a la hora de determinar la identidad de quien es autor del delito cometido; fundamentalmente porque, en la mayoría de los casos, la única vía para obtener resultados eficaces en la investigación no es otra que fijar la atención en el periodista, bien sea a través de su declaración testifical, bien sea a través de la práctica de diligencias que permitan recabar documentos, correos electrónicos, conversaciones o encuentros con la fuente de la información publicada⁸.

⁷ El secreto profesional del periodista, a diferencia de otros, «no protege la información objeto de confidencia, sino la fuente», y se regula en un precepto constitucional diferente. Así, frente al contenido del artículo 24.2 CE en el que se determina que «ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos», en el ámbito del periodismo es el artículo 20 el que determina la necesaria regulación por ley del secreto profesional. Este último constituye, según apunta DE CARRERAS SERRA, un derecho del informador, mientras que en el caso del secreto profesional de, por ejemplo, abogados o médicos, hablaremos ya de un deber profesional (DE CARRERAS SERRA, *Las normas jurídicas de los periodistas. Derecho español de la información*, 2008, p. 336). En la misma línea se pronuncia ESPÍN (ESPÍN, «Los derechos de libertad (II). Libertades de expresión e información», en *Derecho Constitucional, volumen I*, 9ª edición, 2013, p. 269).

⁸ El secreto profesional del periodista «adquiere su máxima eficacia cuando se ejerce frente a instancias policiales y judiciales. No se trata de exonerar a los periodistas de sus responsabilidades civiles, sino de evitar convertirlos en confidentes o coadyuvantes forzados de la policía», en la consideración de SERRANO MAÍLLO, citando a FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR (SERRANO MAÍLLO, «Libertad de expresión y derecho a la información», en SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coord.), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, ed. Tirant lo Blanch, 2015, p. 299).

Ahora bien, cabe preguntarse hasta qué punto el derecho principal a proporcionar de manera libre información veraz y el derecho instrumental a no revelar las fuentes empleadas deben prevalecer sobre el principio de reserva de las actuaciones judiciales que se desarrollan en fase de instrucción; principio merecedor de una especial protección si tenemos en cuenta su influencia, tanto en la preservación de la eficacia de la investigación como en protección de la integridad moral, social y personal de quien –en este momento del proceso– no es sino un sujeto «investigado» y no «encausado». El eventual daño ocasionado a la investigación o a quien, siendo «investigado», puede ser absuelto en este momento inicial del procedimiento, ¿no merece ser situado en primer término frente al secreto profesional en el ejercicio de la labor periodística? El Reglamento europeo 2024/1083 sobre la libertad de los medios de comunicación hace mención a ello, subraya la intrínseca relación existente entre la libertad de información y la protección de las fuentes periodísticas, pero también reconoce la posibilidad de adoptar medidas encaminadas a la obtención de dicha información sobre la fuente siempre y cuando se respeten las garantías procesales necesarias. Será admisible, por tanto y al amparo de la norma comunitaria, investigar las comunicaciones confidenciales entre el periodista y sus fuentes con el objeto de determinar la responsabilidad penal de quien ha filtrado una información de naturaleza reservada. Y junto a ello, será igualmente viable establecer la obligación de revelar la identidad de la fuente en el marco de la declaración testifical que pueda prestar un periodista en el proceso penal desarrollado al efecto.

La pregunta que nos formulamos a este respecto se centra en determinar hasta qué punto, y en qué medida, la normativa europea aporta elementos novedosos con relación a la legislación interna española que sirvan para superar en la investigación penal el obstáculo que representa el secreto profesional periodístico, tal y como es concebido en la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). Un secreto profesional cuyo reconocimiento ha imposibilitado en la práctica la obtención de resultados eficaces en la investigación penal desarrollada sobre la base de la regulación establecida en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, y cuya problemática no es exclusiva del ordenamiento jurídico español. Baste citar como ejemplo el ordenamiento francés, en el que, previa alegación del mismo, se obtuvieron únicamente por vulneración del secreto de la instrucción 3 condenas en 2015, 2 en 2016, 5 en 2017 y 3 en 2018; y por la difusión por una de las partes de piezas o actas pertenecientes a un procedimiento de instrucción –penalizada por el artículo 114.1 del Código procesal penal– 1 condena en 2016 y 2 condenas en 2018.

2. La investigación judicial sobre eventuales filtraciones a partir del Reglamento (UE) 2024/1083 de 11 de abril sobre la libertad de los medios de comunicación

El Reglamento europeo subraya la intrínseca relación existente entre la libertad de información y la protección de las fuentes periodísticas, e igualmente reconoce la posibilidad de adoptar medidas para obtener dicha información –la fuente– siempre y cuando «sean autorizadas por una autoridad que pueda evaluar de manera independiente e imparcial si ello está justificado por una razón imperiosa de interés general», como puede ser «un órgano jurisdiccional, un juez, un fiscal en el ejercicio de su función judicial u otra autoridad competente para autorizar dichas medidas de conformidad con el Derecho nacional» (Considerando 21). Añadiendo a ello, la necesidad de que «se informe a su debido tiempo —sin poner en peligro la eficacia de las

investigaciones en curso— de las medidas de vigilancia adoptadas sin el conocimiento del interesado» (Considerando 22). Considerandos que se ven reflejados en el texto del articulado a través de una serie de previsiones a la que conviene hacer referencia.

En su artículo cuarto, la norma europea comienza por establecer que los Estados miembros «se asegurarán de que las fuentes periodísticas y las comunicaciones confidenciales son protegidas de manera efectiva». De manera que «no adoptarán ninguna de las siguientes medidas: 1) obligar a los prestadores de servicios de medios de comunicación o a su personal editorial, a revelar información relacionada con fuentes periodísticas o comunicaciones confidenciales, o que sea susceptible de identificarlas, u obligar a cualquier persona que, debido a su relación habitual o profesional con un prestador de servicios de medios de comunicación o con su personal editorial, pudiera disponer de dicha información, a que la revele; 2) detener, sancionar, interceptar o inspeccionar a los prestadores de servicios de medios de comunicación o a su personal editorial, o someterlos a ellos o sus instalaciones empresariales o privadas a vigilancia o poner a dichas personas en busca y captura, todo ello con el fin de obtener información relacionada con fuentes periodísticas o comunicaciones confidenciales, o que sea susceptible de identificarlas, o detener, sancionar, interceptar o inspeccionar a cualquier persona que, debido a su relación habitual o profesional con un prestador de servicios de medios de comunicación o con su personal editorial pudiera disponer de dicha información, o someterlas a ellas o sus instalaciones empresariales o privadas a vigilancia o poner a dichas personas en busca y captura, todo ello con el fin de obtener dicha información; 3) instalar programas informáticos de vigilancia intrusiva en cualquier material, dispositivo digital, máquina o herramienta utilizados por prestadores de servicios de medios de comunicación, su personal editorial o cualquier persona que, debido a su relación habitual o profesional con un prestador de servicios de medios de comunicación o su personal editorial, pueda disponer de información relacionada con fuentes periodísticas o comunicaciones confidenciales o sea susceptible de identificarlas».

El Reglamento define los sujetos que son objeto de protección en el ámbito de la revelación de las fuentes empleadas, refiriéndose «a los prestadores de servicios de medios de comunicación o a su personal editorial», así como «a cualquier persona que, debido a su relación habitual o profesional con un prestador de servicios de medios de comunicación o con su personal editorial, pudiera disponer de dicha información»⁹. Tal y como se puede apreciar, se lleva a cabo una referencia amplia a los sujetos que pueden ser titulares del derecho, mencionando a quienes tengan una relación habitual o profesional con el prestador de servicios o su personal editorial. Ello incluirá, según describe el propio Reglamento en su Considerando 20, «a las personas que participen o hayan participado profesionalmente en la preparación, producción o difusión de programas o publicaciones de prensa, y que solo constituyen un objetivo debido a sus estrechos vínculos con prestadores de servicios de medios de comunicación, periodistas u otros miembros del personal editorial». E igualmente, junto a ellos, «al personal de los prestadores de servicios de medios de comunicación, como el personal técnico, incluidos los

⁹ En su artículo segundo, el Reglamento define «servicio de medio de comunicación» como aquel «cuya finalidad principal, o la de una parte dissociable del mismo, consista en ofrecer programas o publicaciones de prensa al público en general por cualquier medio, a fin de informar, entretener o educar, bajo la responsabilidad editorial de un prestador de servicios de medios de comunicación». Junto a ello, «prestador de servicios de medios de comunicación» será «una persona física o jurídica cuya actividad profesional es prestar un servicio de medios de comunicación y que ostenta la responsabilidad editorial sobre la elección del contenido del servicio de medios de comunicación y determina la manera en que se organiza».

expertos en ciberseguridad, que podría constituir un objetivo, dado el importante papel de apoyo que proporciona a los periodistas que desempeñan en su trabajo diario, que requiere soluciones para garantizar la confidencialidad del trabajo periodístico y la consiguiente probabilidad de que tengan acceso a información relativa a fuentes periodísticas o comunicaciones confidenciales». Todo ello sirve, en definitiva, para incluir como sujetos titulares del derecho a aquellos que participan en la elaboración del contenido informativo, en la línea establecida por GIL GONZÁLEZ y CONTRERAS cuando explican el desarrollo de la labor informativa como un trabajo colectivo en el que intervienen, «por ejemplo, el fotógrafo que ilustra con imágenes el reportaje, el director del medio que, como responsable subsidiario de la publicación, exige al firmante del texto que le verifique las fuentes, otras posibles fuentes con las que se ha contrastado la información...»¹⁰.

Sobre este particular, cierto sector de la doctrina se ha inclinado por considerar que los titulares del derecho son únicamente «los periodistas profesionales», restringiendo el ámbito delimitado por el Tribunal Constitucional cuando señala que serán considerados como tales aquellos que «prestan un trabajo habitual retribuido, profesional, por tanto, en los medios de comunicación» (STC núm. 176/1995)¹¹. Esto es, consideran que debe entenderse por periodista «toda persona que, gozando de la formación universitaria exigida, asume el compromiso moral y profesional, con todo lo que ello implica, de difundir información veraz para mantener informada a la sociedad de manera habitual a través de los medios de comunicación. Aquí reside, en esencia la radical diferencia con los particulares, en su compromiso con la verdad periodística. Lo éticamente adecuado sería que, para ejercer esta labor intelectual de tan alta repercusión social, al profesional se le obligase a estar colegiado, como así sucede en otras profesiones, pero en España la colegiación es voluntaria y muchas de las empresas periodísticas del país no exigen dicho requisito». Se lleva a cabo una diferenciación entre particulares y periodistas, situándose en estos últimos la titularidad del derecho a no revelar las fuentes empleadas y admitiendo la posibilidad –siguiendo la línea mantenida por CARRILLO– de incluir junto a ellos a «colaboradores habituales de los medios, es decir, aquellas personas que, aunque generalmente participan en géneros de opinión y ocasionalmente en géneros interpretativos, forman parte de la plantilla del medio de comunicación, bien por con un contrato laboral o bien con un contrato profesional, a través del cual realizan una prestación de servicios». A sensu contrario, señalan los autores mencionados, «no podrán invocar el secreto profesional los que

¹⁰ GIL GONZÁLEZ/CONTRERAS, *Ética y deontología en el periodismo contemporáneo*, 2022, p. 105. Conviene mencionar al respecto pronunciamientos como el emitido por la AP Vitoria, Sección 2, de 31 de marzo de 2010 (AAP VI 263/2010 - ECLI:ES:APVI:2010:263A), en el que se establece que «respecto de la testifical de D. Valentín, reportero gráfico que grabó las imágenes emitidas, es dudoso que no pueda extenderse a su labor profesional el manto del secreto profesional periodístico, al menos en una mínima parte, pues, de otro modo, sería ilusorio el del compañero periodista con el que realizó el reportaje; se convertiría en irrelevante el secreto de uno si el otro estuviera obligado a declarar sin dispensa ni consideración alguna a la labor profesional llevada a cabo, ya que una estricta diferenciación entre la titulación de un reportero gráfico y un redactor afectaría a la finalidad del secreto profesional».

¹¹ STC (Sala segunda) núm. 176/1995, de 11 de diciembre (BOE núm. 11, de 12 de enero de 1996). Sobre este particular, ORTEGA GUTIÉRREZ apunta que «parece mayoritariamente admitido que se considera periodista al profesional cuyo trabajo principal, regular y retribuido, consiste en obtener y elaborar información para difundirla por cualquier medio de comunicación, de manera periódica», citando a autores que «llegan a calificar como inconstitucional la exigencia de titulación académica y colegiación obligatoria para ser considerado jurídicamente como periodista» (ORTEGA GUTIÉRREZ, *El derecho a la comunicación. Un análisis jurídico-periodístico*, 2017, p. 189; citando con relación a la última posición mencionada a FERNÁNDEZ-MIRANDA, *El secreto profesional de los informadores*, Madrid, 1990, p. 116 ss.)

estando en posesión de licenciatura en periodismo no ejerzan ni habitual ni ocasionalmente la profesión para la que han sido formados. Ni tampoco los que, con independencia de su formación intelectual, colaboren de manera ocasional con los medios de comunicación [...] Éstos no participan de los rasgos esenciales que hemos definido con anterioridad: la habitualidad en el trabajo, ni la retribución como intercambio de una labor profesional»¹².

Las previsiones mencionadas, establecidas con el fin de proteger el derecho a no revelar las fuentes manejadas en la publicación de la información, se ven sometidas por el Reglamento a una serie de excepciones, determinadas por circunstancias específicas. El artículo 4.3.a contempla la posibilidad de obligar al periodista a revelar información relacionada con fuentes periodísticas o comunicaciones confidenciales, o que sea susceptible de identificarlas, u obligar a cualquier persona que, debido a su relación habitual o profesional con un prestador de servicios de medios de comunicación a que la revele, complementando tal previsión con la posibilidad de establecer sanciones al respecto (4.3.b). Se trata de una previsión que incorpora un elemento normativo novedoso en nuestro ordenamiento jurídico, dada la ausencia de referencias legales específicas a la declaración de periodistas en el marco de un proceso penal en curso. Es preciso tener en cuenta que, en el curso de una investigación penal desarrollada con el fin de identificar la fuente que ha facilitado al periodista la información publicada, constituye un elemento imprescindible la citación judicial de este último con vistas a la prestación de una declaración testifical. La Ley de Enjuiciamiento Criminal establece a este respecto, y con carácter general, la obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supiere el testigo sobre lo que le fuere preguntado, bajo pena de multa de 200 a 5.000 euros y, en caso de no concurrir o de persistir en la resistencia a declarar, responsabilidad penal por la comisión de un delito de obstrucción a la justicia o de desobediencia grave a la autoridad (artículo 410 LECrim.), contemplando igualmente una serie de excepciones en el cumplimiento de la obligación mencionada. En primer lugar, estarán dispensados de la obligación de declarar el Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor, así como los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el imputado, procesado o acusado y los sujetos objeto de dispensa (artículo 416 LECrim.). En segundo lugar, se establece que no podrán ser obligados a declarar como testigos –en primer lugar- los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes, sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio. En segundo lugar, los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar declaración que se les pida (artículo 417 LECrim.)¹³.

¹² GIL GONZALEZ / CONTRERAS, *Ética y deontología en el periodismo contemporáneo*, 2022, pp. 103 a 105.

¹³ Apunta a este respecto SAN MIGUEL CASO que «el secreto profesional del periodista denota unas características propias que lo diferencian del resto de secretos profesionales». Así, «el objeto del secreto profesional de los periodistas radica en la confidencialidad de la identidad del sujeto que proporciona la información, pero no, en la información misma, mientras que, por el contrario, el secreto relativo a otras profesiones, como la abogacía o la medicina, la confidencialidad se predica, exclusivamente, de la información que el cliente facilita al profesional». Junto a ello, «el secreto profesional de los periodistas tiene como finalidad proteger el derecho a la información», mientras que «el derecho a la intimidad es el bien jurídico común en el resto de los secretos profesionales». Y ya por último, «también se diferencian en el tipo de relación existente entre el profesional y el cliente y, entre el periodista y su informador. En el primer tipo de relación se presume la existencia de una confianza que no debe darse, necesariamente, en el segundo caso» (SAN MIGUEL CASO, *De los juicios paralelos en la*

Tal y como se puede apreciar, la normativa procesal penal no efectúa una referencia explícita a los periodistas, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como puede ser el francés, cuyo Código de procedimiento penal establece en el artículo 109, párrafo segundo, que «todo periodista que sea llamado como testigo de una información recogida en el ejercicio de su profesión es libre de no revelar su fuente». O, también, a diferencia de lo establecido en el Anteproyecto de LECrim. de 2020, en el que se efectúa una mención al periodismo en la regulación establecida en el artículo 661 sobre las exenciones a la obligación de declarar por razón de secreto profesional. En este sentido, dice el texto, no podrán ser obligados a prestar testimonio los abogados y procuradores respecto de las informaciones, instrucciones o explicaciones que reciban de sus clientes, los médicos y el personal sanitario respecto de los datos revelados que les hayan sido confiados en el ejercicio de su profesión, y los periodistas, «en los supuestos en los que deban guardar silencio para preservar la identidad de sus fuentes»; añadiéndose la referencia a ministros de confesiones religiosas reconocidas por el Estado, así como a los traductores e intérpretes en relación con las conversaciones y comunicaciones en las que hayan intervenido que se encuentren cubiertas por el secreto profesional. Es ésta una propuesta de previsión -la referida al periodista- que sirve para incorporar de manera expresa en la norma legal un derecho plasmado en la Constitución y desarrollado en la jurisprudencia, en la que, sin embargo, se echa en falta un mayor grado de concreción que, más allá de la referencia al «caso por caso», permita aclarar mejor y en mayor medida los supuestos en los que pueda aplicarse la exención en la declaración¹⁴. En cualquier caso, y dejando de lado esta propuesta legislativa, lo cierto es que la ausencia de una referencia específica en la normativa vigente no ha supuesto en la práctica un impedimento para que la jurisprudencia haya reconocido la existencia de un secreto profesional merecedor de una protección equivalente, a partir de su mención en el texto constitucional y de su vinculación con la protección del derecho a la libertad de información. Todo ello en la línea marcada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyos pronunciamientos en torno a la declaración testifical del periodista sobre la identidad de las fuentes empleadas reconocen la existencia del derecho y amparan su debida protección.

La previsión contenida en el Reglamento, vinculada con el establecimiento de una eventual obligación, y sanción, presenta un alcance importante en el contexto de la declaración testifical que deba prestar el periodista en el marco de la investigación de las filtraciones producidas desde el momento en que, a partir de ella, contamos con una norma de aplicación directa que legitima de manera específica la actuación judicial en orden a requerir la revelación de las fuentes empleadas en el marco de una declaración testifical. Siempre que se cumplan una serie de requisitos: 1) que sea autorizada por un órgano judicial; 2) que esté justificada por una razón imperiosa de interés general y resulte proporcionada; 3) que la medida esté establecida en el ordenamiento jurídico nacional. Pudiéndose entender con relación a este último punto que la previsión legal se refiere a la medida en sí misma considerada, y no al hecho de que se vea contemplada de manera expresa su aplicación a un periodista o medio de comunicación (como

Sociedad Global de la Información, Problemas y soluciones. Capítulo III. Del principio de publicidad procesal al principio de publicación del proceso, 2023, pp. 134-135).

¹⁴ Véase, a este respecto, las consideraciones efectuadas por RICHARD GONZÁLEZ al respecto («El examen de testigos y peritos en el Anteproyecto de LECrim. de 2020, en JIMÉNEZ CONDE (dir.)/FUENTES SORIANO (dir.), *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, ed. Tirant lo Blanch/Fundación Manuel Serra Domínguez/Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, 2022, p. 694).

sucede, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico francés, en el que se regula de manera expresa la entrada y registro en la sede de un medio de comunicación). Ahora bien, su incorporación normativa, aun siendo novedosa, no resulta transformadora desde el momento en que ya el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece en su apartado segundo la posibilidad de limitar la libertad de expresión –a través de «ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley»- cuando ello sea necesario en una sociedad democrática, «para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la salud o de los derechos ajenos» o para «impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial». Y junto a ello, desde el momento en que la jurisprudencia del TEDH contempla la posibilidad de restringir el derecho a no identificar la fuente empleada en la práctica de diligencias de investigación, determinando el alcance que deba concederse a tal posibilidad en los supuestos habilitantes contemplados en el mencionado artículo 10.2 CEDH, y en especial en lo que atañe a la prevención del delito, a impedir la divulgación de informaciones confidenciales o a garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. Alcance explicitado mediante una referencia casuística a los criterios que sirven para justificar la restricción del secreto profesional y la aplicación al periodista de las reglas generales que determinan la obligación de prestar declaración testifical: necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad. En el fondo, la utilización por el Reglamento de conceptos jurídicos abiertos o indeterminados –razón imperiosa de interés general y proporcionalidad- determinan el traslado de la decisión a los tribunales de justicia ordinarios, y en último término al Tribunal Constitucional a través del eventual recurso de amparo que se pueda plantear frente a la aplicación de penas o sanciones sobre el periodista que se niegue a revelar la información. Tribunal cuya doctrina –consolidada- es elaborada en la línea seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Reglamento contempla igualmente ciertas posibilidades cuya repercusión en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas puede presentar un alcance de nivel superior. Así, el artículo 4 recoge en su apartado cuarto la opción de detener, interceptar, inspeccionar o vigilar con el fin de obtener información relacionada con fuentes periodísticas o comunicaciones confidenciales, siempre que se respeten las mismas exigencias requeridas con relación a la obligación de revelar las fuentes utilizadas a las que se ha hecho referencia con anterioridad. Esto es, que la medida esté contemplada en el Derecho de la Unión o nacional; que sean respetados los principios de legalidad y proporcionalidad al amparo de lo establecido en el artículo 52.1 de la Carta de derechos fundamentales de la UE; y que esté justificada por una razón imperiosa de interés general; y que cuente con la debida autorización judicial «o de una autoridad decisoria independiente e imparcial o, en casos excepcionales y urgentes debidamente justificados, sea autorizada posteriormente por dicha autoridad sin demora indebida».

Una vez más, la mención que efectúa el Reglamento a la práctica de diligencias de investigación sobre periodistas o medios de comunicación no resulta transformadora. Se trata de medidas cautelares y diligencias ordinarias de investigación ya previstas en el ordenamiento jurídico, cuya aplicación en la investigación penal sobre eventuales filtraciones resulta de hecho factible, con el límite determinado por los presupuestos ordinarios establecidos en la LECrim. y por la protección de un secreto profesional cuyo alcance se encuentra definido por la jurisprudencia constitucional y europea, a partir de un análisis «escrupuloso» sobre el

cumplimiento de los principios de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad¹⁵. Tan solo puede generar ciertas dudas la mención que el Reglamento efectúa a la eventual detención de los periodistas «con el fin de obtener información relacionada con fuentes periodísticas o comunicaciones confidenciales», principalmente porque estamos hablando de una privación de libertad provisional respecto a un sujeto -el periodista- que no tiene responsabilidad penal por la publicación de la información y que, por tanto, no puede adquirir la condición de investigado. Privación de libertad que en el ordenamiento jurídico español presenta una naturaleza cautelar, y que en ningún caso debería poder ser utilizada «con el fin de obtener información relacionada con fuentes periodísticas»¹⁶.

Las consideraciones efectuadas hasta el momento guardan relación con la obligación de revelar las fuentes de información utilizadas, o con la adopción de medidas cautelares y de investigación ordinarias restrictivas de derechos fundamentales. Junto a ello, el Reglamento recoge la posibilidad de instalar programas informáticos de vigilancia intrusiva en dispositivos «utilizados por prestadores de servicios de medios de comunicación, su personal editorial o cualquier persona que, debido a su relación habitual o profesional con un prestador de servicios de medios de comunicación o su personal editorial, pueda disponer de información relacionada con fuentes periodísticas o comunicaciones confidenciales o sea susceptible de identificarlas»¹⁷. Y establece, en este último caso, la necesidad de cumplir con todas y cada una de las exigencias establecidas con relación al resto de medidas de investigación adoptadas (legalidad, proporcionalidad, razón imperiosa de interés general y autorización, bien judicial, bien emitida por una autoridad independiente e imparcial), y limitando su aplicación a aquellos casos en los que se proceda a la investigación –en primer lugar- de los delitos enumerados en el artículo 2.2 de la Decisión Marco que regula la orden de detención europea y tales delitos sean punibles en el Estado miembro de que se trate con una pena o medida de seguridad privativas de libertad de una duración máxima de al menos tres años; o –en segundo lugar- de «otros delitos graves punibles en el Estado miembro de que se trate con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad con una duración máxima de al menos cinco años, según determine el Derecho de dicho Estado miembro». Estableciéndose, como cláusula final asociada al principio de subsidiariedad, una previsión que excluye la instalación de

¹⁵ La STEDH de 25 de febrero de 2003 (*Roemen y Schimt vs Luxemburgo*) efectúa un resumen ilustrativo sobre la consolidada doctrina jurisprudencial existente, y la exigencia de un análisis escrupuloso llevado a cabo caso por caso, cuando señala que «la libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, y las garantías que se deben dar a la prensa revisten especial importancia», constituyendo la protección de las fuentes periodísticas «una de las piedras angulares de la libertad de prensa» (§46). Véase en el mismo sentido las STEDH de 15 de julio de 2003 (*Ernst y otros vs. Bélgica*) y 27 de noviembre de 2007 (*Tillack vs Bélgica*).

¹⁶ La propia jurisprudencia del TEDH se ha pronunciado de manera expresa con relación a la detención encaminada a identificar la fuente que traslada la información judicial reservada al periodista, en una línea restrictiva, llegando incluso a manifestar su sorpresa al verificar «hasta qué punto las autoridades neerlandesas estaban dispuestas a llegar para conocer la identidad de la fuente, en un supuesto en el que se detuvo a un periodista para obligarle a revelar sus fuentes en el marco de una investigación penal por tráfico de armas» [STEDH de 22 de febrero de 2008 (*Voskuil vs. Países Bajos*) (§ 71)].

¹⁷ El Reglamento ofrece, en este contexto, una definición sobre aquello que deba considerarse «programa informático de vigilancia intrusiva», señalando este respecto que constituirá el mismo «cualquier producto con elementos digitales especialmente diseñado para aprovechar las vulnerabilidades de otros productos con elementos digitales, que permita vigilar de manera encubierta a personas físicas o jurídicas mediante el control, la extracción, la recopilación o el análisis de datos de dichos productos o de las personas físicas o jurídicas que utilicen dichos productos, también de forma indiscriminada» (artículo 2).

programas de vigilancia intrusiva cuando la información solicitada pueda ser obtenida a través de las medidas contempladas en apartados precedentes (establecimiento de una obligación de revelar las fuentes, así como detener, sancionar, interceptar o inspeccionar).

Nos encontramos ante una previsión cuyo grado de interferencia en los derechos fundamentales del periodista alcanza un nivel superior, y es por ello por lo que únicamente se admite su práctica en supuestos de especial gravedad o incidencia delictiva, relacionados en la Decisión Marco de 2002. Así, darán lugar a la entrega, en virtud de una orden de detención europea, sin control de la doble tipificación de los hechos, los delitos siguientes, siempre que estén castigados en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años, tal como se definen en el Derecho del Estado miembro emisor: pertenencia a organización delictiva, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de los niños y pornografía infantil, tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, corrupción, fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas con arreglo al Convenio de 26 de julio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, blanqueo del producto del delito, falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro, delitos de alta tecnología, en particular delito informático, delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas, ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal, homicidio voluntario, agresión con lesiones graves, tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos, secuestro, detención ilegal y toma de rehenes, racismo y xenofobia, robos organizados o a mano armada, tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte, estafa, chantaje y extorsión de fondos, violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías, falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos, falsificación de medios de pago, tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento, tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares, tráfico de vehículos robados, violación, incendio voluntario, delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, secuestro de aeronaves y buques o sabotaje.

Con relación a esta excepcional medida, es preciso tener en cuenta que, en su versión original, el precepto establecía la posibilidad de instalar «un programa espía en cualquier dispositivo o máquina utilizado», siempre que tal medida estuviera justificada, caso por caso, «por razones de seguridad nacional», se ajustara a las exigencias de legalidad y proporcionalidad establecidas en el artículo 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, se situara en el marco de la investigación de formas graves de criminalidad y no fuera posible obtener la información buscada a través del resto de medidas enunciadas en el apartado precedente (detención, sanción, interceptación, vigilancia o inspección). La redacción final proporcionada especifica de una manera más detallada el ámbito delictual que legitima su adopción, por medio de una remisión a la orden europea de detención y entrega, requiriéndose una pena cuya duración máxima se sitúe al menos en tres años de privación de libertad, y junto a ello, estableciéndose una cláusula de cierre que permita la adopción de la medida en otros tipo de delitos graves que sean punibles en el Estado miembro de que se trate con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad con una duración máxima de al menos cinco años. En la versión definitiva del precepto se sustituye la referencia a «razones de seguridad nacional» por una justificación basada en «una razón imperiosa de interés general», se incorpora el criterio de proporcionalidad como elemento complementario y se sustituye la mención general a la necesidad de que se trate de «delitos graves» por una referencia específica a ciertos delitos

castigados con pena de una duración máxima de al menos tres años, y una referencia general a delitos graves castigados con pena de una duración máxima de al menos cinco años.

La previsión establecida por el Reglamento ha de ponerse en relación con la normativa interna española, y más en concreto, con el artículo 588 septies de la LECrim., cuyo tenor admite –a partir de la reforma operada en el año 2015– la posibilidad en el ordenamiento jurídico español de «instalar un software que permita, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, sistema electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos»; medida prevista únicamente para la investigación de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, delitos de terrorismo, delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente, delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional, o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación¹⁸. La comparación entre la versión española y la nueva versión europea muestra una ampliación del ámbito delictivo que justifica la adopción de esta excepcional medida, proyectándose más allá de aquellos delitos de especial gravedad que se hallan vinculados con acciones terroristas, acciones contra la seguridad nacional o contra menores y personas con su capacidad judicialmente modificada. Lo cual genera un margen de maniobra superior para el Estado en la adopción de un medio de investigación que supone un grado de intrusión elevado en el quebrantamiento del derecho a la intimidad del periodista.

Es interesante comprobar cómo, en el proceso de elaboración del Reglamento, hay diferentes pronunciamientos críticos que plantean incluso la exclusión de esta medida en la regulación final. Es el caso, por ejemplo, del dictamen emitido por el Supervisor Europeo de Protección de Datos, quien muestra su convencimiento «de que la única opción viable y eficaz para proteger los derechos y libertades fundamentales en la Unión, incluida la libertad de los medios de comunicación, contra los programas espía de uso militar muy avanzados es la prohibición general de su desarrollo y despliegue —con excepciones muy limitadas y definidas de forma exhaustiva— complementada por sólidas salvaguardias, como las sugeridas en las observaciones preliminares del SEPD sobre los programas espía modernos», publicadas el 15 de febrero de 2022. Documento este último en el que se establece que «las leyes de procedimiento penal deberían prohibir el uso de herramientas de piratería altamente intrusivas como Pegasus. Basándose en el artículo 82 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la UE tiene competencia para adoptar normas mínimas sobre los derechos de las personas en los procedimientos penales. Esto incluye restringir la admisibilidad de las pruebas recopiladas con la ayuda de herramientas de piratería altamente intrusivas como Pegasus o incluso proscribirla». El contenido del dictamen mencionado no fue atendido, y dentro del proceso de negociación en la iniciativa europea, se impuso el criterio de ciertos países que apostaron por

¹⁸ A este respecto, y sobre este precepto, resultan de interés los trabajos publicados por SAN MIGUEL (*Los juicios paralelos en la sociedad global de la información*, ed. Tirant lo Blanch, 2023), GÓMEZ COLOMER (*La contracción del Derecho Procesal Penal*, ed. Tirant lo Blanch, 2020, p. 317 ss.), GONZÁLEZ NAVARRO («El uso de las nuevas tecnologías en la investigación de delitos de terrorismo», en ALONSO/CUERDA/FERNÁNDEZ (dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, ed. Tirant lo Blanch, 2018), VELASCO NUÑEZ/SANCHÍS CRESPO (*Delincuencia informática. Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*, ed. Tirant lo Blanch, 2019) o BACHMAIER WINTER («Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015», *Boletín del Ministerio de Justicia* núm. 2195, Enero de 2017, p. 3 ss.).

admitir, con ciertos límites, esta posibilidad. En este sentido, resultan de interés las discusiones sostenidas por los diferentes Estados integrantes de la UE sobre, precisamente, los límites aplicables; y en particular, respecto al mantenimiento o no de la cláusula de «seguridad nacional» como razón que pudiera justificar la medida. Ante la amenaza de bloqueo en la tramitación legislativa, se presentó por parte de Alemania una solución al respecto, sustituyendo la misma por una cláusula final que determinara que «este artículo se aplicará sin perjuicio de las responsabilidades de los Estados miembros para la salvaguardia de los ámbitos sobre los cuales son responsables». Cláusula que fue finalmente expresada en la versión vigente del Reglamento con la expresión «se respetarán las responsabilidades de los Estados miembros establecidas en el TUE y en el TFUE», en una formulación general que, en el fondo, no cambia nada e, igualmente, exigirá la interpretación de los tribunales para determinar su contenido, caso por caso¹⁹.

Ahora bien, al margen del interés que pueda representar la regulación en el Reglamento de la utilización de programas espía en la investigación de las fuentes periodísticas, hay que tener en cuenta que la referencia a este tipo de medidas en el presente trabajo tiene un interés relativo, ya que su práctica sólo será posible en aquellos casos en los que se proceda a la investigación de aquellos delitos graves y específicos enunciados de manera expresa, entre los que no se incluye la filtración de información reservada relacionada con una investigación judicial en curso. En este sentido, tan solo cabría plantearse la posibilidad de incluir en el grupo de delitos que legitiman la instalación de este tipo de programas aquellos que puedan estar referidos a la revelación de secretos judiciales. En el ámbito del Reglamento Europeo es ésta una opción difícil de admitir, habida cuenta de la enumeración *numerus clausus* establecida y del hecho de que limita tal posibilidad a un ámbito de gravedad delictual que parece situarse en un nivel diferente y superior. Con relación al artículo 588 septies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la doctrina se ha pronunciado sobre la enumeración de delitos establecida, criticando la relación cerrada de delitos establecida y la exclusión de la cláusula general habilitante que, en las intervenciones telefónicas y telemáticas, permite adoptar la medida cuando se trate de un delito doloso castigado con pena con límite de, al menos, tres años de prisión. Así, por ejemplo, ZARAGOZA, señala al respecto que la redacción del precepto es desafortunada, ya que resulta difícilmente justificable que «a través de estas medidas de investigación no puedan ser perseguidos, o esclarecidos, hechos penológicamente graves como un delito de homicidio, asesinato, o agresión sexual, cuando dicha medida sí puede ser utilizada, a prima facie, para investigar figuras delictivas más leves como una estafa cometida a través de internet, o un delito de ofensa a sentimientos religiosos». En este sentido, sostiene que «hubiera sido, en mi opinión, mucho más razonable seguir una regulación similar a la establecida en el anteproyecto de 2013 que preveía la utilización de este tipo de softwares en aquellos casos en los que se trataba de investigar delitos graves y, además, en los que el uso de los mismos eran necesarios para el esclarecimiento del hecho delictivo». Planteamiento que, sin embargo, es objeto de una crítica parcial por parte de autores como SANCHÍS, quien señala que «aún coincidiendo en que faltan en el listado delitos graves», es mejor opción, *de lege ferenda*, «una inclusión de los mismos pero no el uso de una formula genérica», ya que «no debe abandonarse el carácter restrictivo que ha de informar una medida tan invasiva como ésta»²⁰. Línea de argumentación

¹⁹ <https://www.investigate-europe.eu/fr/posts/hardline-eu-governments-push-legitimise-surveillance-journalists-media-freedom-act>.

²⁰ VELASCO NUÑEZ/ SANCHÍS CRESPO, *Delincuencia informática. Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*, ed. Tirant lo Blanch, 2019, p. 503. En la misma línea, GÓMEZ COLOMER

mantenida igualmente por RICHARD, quien considera que la exigencia de que concurra la investigación por unos determinados tipos delictivos es «un plus de garantía» para los ciudadanos, que no podrán ser monitorizados remotamente por investigaciones referentes a delitos distintos de los previstos por la Ley²¹.

El artículo 588 septies no incorpora una habilitación genérica de delitos castigados con una determinada pena, pero sí establece la posibilidad de utilizar esta medida de investigación cuando se trate de «delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o de la telecomunicación o servicio de comunicación». Y es aquí donde nos preguntamos si es posible admitir la inclusión de las filtraciones al medio de comunicación en esta expresión normativa. La respuesta, en mi opinión, ha de ser negativa. Según reconoce de entrada la Fiscalía General del Estado, la posibilidad de recurrir a esta medida en el caso de los delitos cometidos por vía informática se encuentra en la necesidad de facilitar su persecución, ante la posibilidad de que ésta sea la única forma posible de perseguir el delito cometido en el ámbito digital²². Sin embargo, y aun siendo cierto, ello no debe hacernos perder de vista la necesaria aplicación del principio de proporcionalidad, asociado al carácter especialmente intrusivo de la medida, que aconseja excluir de su ámbito objetivo de aplicación la criminalidad menos grave. En la línea de lo establecido por GONZÁLEZ, cuando señala con acierto que, aunque parece que con ello «se equipara el hecho de que para la comisión del hecho delictivo se hayan utilizado las nuevas tecnologías con que para la investigación de los hechos (que perfectamente pueden ser de escasa relevancia, pues nada especifica el precepto en sentido contrario) se utilice una medida tan gravosa», la sola existencia de un ilícito penal que haya sido cometido por medio de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información «no puede ser suficiente para legitimar, por sí misma y de forma automática, la utilización de esta medida», tal y como sostienen quienes mantienen que «el artículo 588 ter a. LECrim no introduce una regla general que libere al juez de verificar el juicio de proporcionalidad que contempla el artículo 588 bis a. LECrim.»²³. Criterio compartido finalmente por la Fiscalía General del Estado cuando señala que, aun considerando que la enumeración de un catálogo de delitos suponga una concreción de exigencias mínimas respecto al principio de proporcionalidad, ello no elimina la necesidad de que la resolución judicial, «después de justificar que la medida se acuerda para la investigación de uno de los delitos incluidos en el precepto, lleve a cabo un juicio de ponderación que valore si resulta proporcionada la concreta intromisión en los derechos fundamentales del investigado que se producirá con la medida en el caso investigado, en relación con la gravedad del hecho

sostiene que «es una medida altamente agresiva», razón por la cual «el legislador quiere reforzar el ámbito objetivo de la medida, para lo que se han acotado con un listado *numerus clausus* los delitos que la pueden habilitar» (*La contracción del Derecho Procesal Penal*, ed. Tirant lo Blanch, 2020, p. 300).

²¹ RICHARD GONZÁLEZ, *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, ed. La Ley, 2017, p. 198.

²² Tal y como señala BACHMAIER WINTER, la inclusión de una referencia a los delitos cometidos por vía digital se encuentra asociada a «la mayor dificultad de esclarecer el delito en caso de que no se adopten medidas de investigación tecnológica», de manera que el interés público viene determinado por el hecho de que, por sus peculiares características, la inmensa mayoría de los delitos informáticos no podrán descubrirse –y por tanto quedarán impunes– a menos que se autoricen medidas de investigación telemática («Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015», 2017, pp. 16 y 23).

²³ GONZÁLEZ NAVARRO, «El uso de las nuevas tecnologías en la investigación de delitos de terrorismo», en ALONSO/CUERDA/FERNÁNDEZ (dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, ed. Tirant lo Blanch, 2018, pp. 573-574.

que se investiga»²⁴. En definitiva, el hecho de que el delito se haya cometido a través de sistemas informáticos, según apunta, no justifica automáticamente la medida, pero sí abre la puerta a que la misma se adopte, requiriéndose en último término una valoración sobre su proporcionalidad²⁵. Apuntado esto, sin duda y según señala GÓMEZ COLOMER, sería deseable una mayor precisión en la referencia que el texto legal hace a este tipo de delitos informáticos, principalmente para evitar la aplicación en la criminalidad menor de una medida intrusiva que representa «la cúspide del intervencionismo público de las autoridades encargadas de la persecución de los delitos»²⁶. E igualmente podría ser positivo, tal y como apunta LÓPEZ-BARAJAS con referencia al informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de la ley de reforma del año 2015, tener en consideración la intensidad del acceso remoto que pueda llevarse a cabo. De manera que, por ejemplo, la monitorización de un dispositivo electrónico cuyo único fin fuera la geolocalización de su usuario no se restringiera a delitos especialmente graves, dado su menor nivel de afectación a los derechos de carácter personal²⁷.

3. El secreto profesional del periodista como obstáculo en la investigación penal sobre la filtración de información judicial de naturaleza reservada

En el curso de un proceso penal encaminado a determinar la responsabilidad penal que se deriva de la filtración a un medio de comunicación de información judicial reservada, uno de los aspectos que cobra mayor relevancia es aquel que guarda relación con las fuentes utilizadas y la obligación –o no– que tienen los sujetos que intervienen en la publicación de revelar su identidad a requerimiento del órgano judicial. Se trata de una materia que guarda relación, en primer lugar, con el reconocimiento del derecho que puedan tener periodistas o responsables de medios de comunicación a no proporcionar las fuentes empleadas en el marco de una declaración testifical prestada durante la investigación penal sobre las filtraciones producidas. Y, en segundo lugar, con el reconocimiento –o no– de la posibilidad de practicar diligencias de vigilancia policial –físicas o tecnológicas– con el objetivo de identificar la fuente que proporciona la información.

En el ordenamiento jurídico español, y situados en el ámbito penal, la persecución de las filtraciones que puedan producirse en el marco de un proceso judicial se encuentra de manera habitual con un problema relacionado con la práctica de la prueba y vinculado con la previsión constitucional del derecho a mantener la confidencialidad de las fuentes manejadas, así como con el reconocimiento jurisprudencial del mismo en sentencias dictadas por nuestro Tribunal

²⁴ Circular 5/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos (BOE núm. 70, de 22 de marzo de 2019).

²⁵ BACHMAIER, «Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015», 2017, pp. 16 y 24.

²⁶ GÓMEZ COLOMER, *La contracción del Derecho Procesal Penal*, ed. Tirant lo Blanch, 2020, p. 327 y 329. Con ello se evitaría, tal y como señala, LÓPEZ-BARAJAS, la generación de inseguridad jurídica (LÓPEZ-BARAJAS PEREA, «El derecho a la protección del entorno virtual y sus límites: el registro de los sistemas informáticos», en DÍAZ/ LÓPEZ-BARAJAS (dir.), *La nueva reforma procesal penal. Derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas*, ed. Tirant lo Blanch, 2018, p. 164).

²⁷ LÓPEZ-BARAJAS PEREA, «El derecho a la protección del entorno virtual y sus límites: el registro de los sistemas informáticos», 2018, p. 165.

Constitucional, al amparo de la doctrina proporcionada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este último tribunal se ha pronunciado de manera recurrente en torno a la libertad de información, su relación con el derecho a mantener en secreto la identidad de las fuentes y la determinación del alcance concreto que la protección de este último derecho debe presentar en el contexto de un proceso penal que se encamina a la investigación de hechos delictivos.

Con relación a la libertad de información, los pronunciamientos emitidos por el TEDH no pueden ser más claros. Se trata de un derecho fundamental cuya protección se sitúa en la base de una sociedad democrática, por cuanto sirve para formar una opinión libre e independiente. En este sentido, la STDH de 25 de junio de 2024 (*Ucrania vs. Rusia*) califica la libertad de expresión e información como «uno de los fundamentos esenciales de toda sociedad democrática, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de cada individuo»²⁸. Tal y como expresa el propio Consejo de Europa, «inseparable de la democracia, la libertad de expresión está consagrada en una serie de instrumentos nacionales, europeos, internacionales y regionales que promueven este sistema político reconocido como el único capaz de garantizar la protección de los derechos humanos»²⁹, subrayándose «el papel esencial de perro guardián que desempeña la prensa en una sociedad democrática», y vinculando la función de los periodistas en la difusión de información e ideas sobre asuntos de interés general «al derecho del público a recibirlas». Si bien fue la prensa la que originó el concepto de «perro guardián público», el Tribunal –según se explica en la documentación emitida por el propio Consejo de Europa– reconoce que «las ONG desempeñan el mismo papel (*Animal Defenders International vs. Reino Unido* [GS], § 103; *Medžlis Islamske Zajednice Brčko y otros vs. Bosnia y Herzegovina* [GS], § 86; *Cangi vs. Turquía*, § 35). Además, los investigadores universitarios y los autores de obras sobre temas de interés público también se benefician de un alto nivel de protección. El Tribunal también ha observado que dado que los sitios web contribuyen en gran medida a mejorar el acceso público a las noticias y, en general, a facilitar la difusión de la información, la función de los blogueros y usuarios populares de las redes sociales también puede asimilarse a la de un “perro guardián público” respecto a la protección otorgada por el artículo 10 (*Magyar Helsinki Bizottság vs. Hungría* [GS], § 168)»³⁰.

La libertad de información guarda una relación intrínseca con el secreto profesional periodístico, o lo que es lo mismo, con el derecho a no revelar la identidad de las fuentes que facilitan la información. Así lo ha manifestado de manera clara la STEDH de 1 de abril de 2021 (caso *Sedletska vs. Ucrania*), al igual que la STEDH de 19 de enero de 2016 (caso *Görmüs vs. Turquía*), al señalar que «la protección de las fuentes periodísticas es una de las piedras angulares de la libertad de prensa. Sin tal protección, las fuentes pueden verse disuadidas de ayudar a la prensa a informar al público sobre asuntos de interés público. En consecuencia, la función vital de vigilancia pública de la prensa puede verse socavada, y su capacidad para

²⁸ Véase en el mismo sentido la STEDH de 19 de enero de 2016 (*Görmüs vs. Turquía*), o la STEDH de 21 de mayo de 2021 (*Big Brother vs UK*, § 442), entre otras.

²⁹ En este sentido cabe citar diferentes pronunciamientos al respecto, tales como los establecidos en los casos *Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy vs. Finlandia* [GS], § 126; *Bédat vs. Suiza* [GS], § 51; *Axel Springer AG vs. Alemania* [GS], § 79; *Sunday Times vs. Reino Unido* (no 2), § 50; *Bladet Tromsø y Stensaas vs. Noruega* [GS], §§ 59 y 62; *Pedersen y Baadsgaard vs. Dinamarca* [GS], § 71; *News Verlags GmbH & Co.KG vs. Austria*, § 56; *Dupuis y otros vs. Francia*, § 35; *Campos Dâmaso vs. Portugal*, § 31).

³⁰ *Guía sobre el artículo 10 del Convenio Europeo de derechos humanos: libertad de expresión*, ed. Consejo de Europa, p. 52.

proporcionar información exacta y fiable puede verse afectada negativamente (véanse, entre otras, *Goodwin vs. el Reino Unido*, 27 de marzo de 1996, § 39, Reports of Judgments and Decisions 1996 II y *Sanoma Uitgevers B.V. vs. los Países Bajos* [GC], no. 38224/03, § 50, 14 de septiembre de 2010)» (§ 54)³¹. A este respecto, conviene tener presente que la interpretación del Tribunal sobre el concepto de «fuente» periodística abarca «cualquier persona que proporcione información a un periodista y se ha considerado que la información que identifica a una fuente incluye cualquier información que pueda conducir a la identificación de una fuente, tanto las circunstancias de hecho de la adquisición de información de una fuente por un periodista» como «el contenido no publicado de la información proporcionada por una fuente a un periodista (véanse, por ejemplo, *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. y otros vs. Países Bajos*, no. 39315/06, § 86, de 22 de noviembre de 2012, y *Saint-Paul Luxembourg S.A. vs. Luxemburgo*, nº 26419/10, § 50, de 18 de abril de 2013)» (§ 55). En el mismo sentido, cabe citar la STEDH de 19 de enero de 2016 (*Görmüs vs Turquía*), así como la STDEH de 7 de diciembre de 2011 (*Standar Verlagsgesellschaft vs. Austria*)³².

El Comité de Ministros del Consejo de Europa se pronuncia igualmente sobre ello a través de la Recomendación de 8 de marzo de 2000 -R(2000)7- sobre el derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes de información, con un anexo en el que se recoge la necesidad de que los Estados miembros del Consejo de Europa prevean en sus ordenamientos jurídicos una protección explícita y clara del mencionado derecho, conforme a lo establecido en el artículo 10 de la CEDH, así como la forma y supuestos en los que pueden aplicarse límites en su ejercicio (subsidiariedad e interés legítimo basado en un imperativo preponderante, circunstancias graves, necesidad social imperativa y un margen de apreciación sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -principio número 3-), las condiciones relativas a la divulgación, o las exigencias establecidas en la interceptación de comunicaciones, vigilancia, registros e incautaciones. A este documento sigue otra Recomendación emitida con fecha de 10 de julio de 2003 en torno a la difusión de informaciones por los medios de comunicación sobre los procedimientos penales, en cuyo anexo se contemplan una serie de principios relacionados con la libertad de información, el necesario respeto de la presunción de inocencia o la veracidad de la información facilitada a los medios por las autoridades judiciales y policiales. La Recomendación de 8 de marzo de 2000 muestra su convencimiento de que «la protección de las fuentes de información de los periodistas constituye una condición esencial

³¹ En el mismo sentido, STEDH de 21 de mayo de 2021 (*Big Brother vs UK*), § 443. Con relación a la línea mantenida por la jurisprudencia del TEDH sobre el secreto profesional, son de interés las consideraciones efectuadas por AZURMENDI [«Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1959-1999): cuarenta años de jurisprudencia sobre el derecho a la información», *Comunicación y Sociedad*, vol. XIII, núm. 1, 2000, p. 26 ss.]

³² El secreto profesional del periodista, como apuntan GIL GONZÁLEZ/CONTRERAS en la línea marcada por el TEDH, «tiene una doble vertiente. En primer lugar, protege al periodista de las solicitudes de terceros (la Administración, los partidos políticos, los tribunales, la propia empresa, en su caso,); teniendo la posibilidad de negarse a cumplir con las exigencias informativas de otros elementos exógenos a su propia investigación. En segundo lugar, ampara a la fuente suministradora de la información, a la que evita, con su silencio, cualquier tipo de perjuicio. Sin esa doble protección, sería imposible que los periodistas de investigación accedieran a determinadas informaciones sensibles o recibieran ayudas comprometedoras de los funcionarios del Estado o de los empleados de otras empresas. Es decir, esta garantía de protección a las fuentes es la que posibilita las aportaciones a los medios, pues, en caso contrario, nadie lo haría, perjudicándose a la ciudadanía que vería seriamente dañado su derecho a recibir libremente información veraz de asuntos trascendentes para su devenir» (GIL GONZÁLEZ/CONTRERAS, *Ética y deontología en el periodismo contemporáneo*, 2022, p. 101). En la misma línea se pronuncia ESPÍN («Los derechos de libertad (II). Libertades de expresión e información», en *Derecho Constitucional*, volumen I, 9ª edición, 2013, p. 270).

para que puedan trabajar libremente», definiendo la figura del periodista como la de aquella «persona física o jurídica que desarrolle de manera regular o profesional la recopilación y la difusión de informaciones al público a través de cualquier medio de comunicación masiva», y señalando que por fuente se entiende «cualquier persona que proporciona información a un periodista». Junto a ello, define igualmente la información identificativa de la fuente, incluyendo en la misma, nombre, datos personales, voz e imagen de la fuente, las circunstancias concretas en la que la información ha sido obtenida de la fuente, la parte del documento proporcionado por la fuente que no haya sido publicada y los datos personales de los periodistas y de sus empleados que estén vinculados a su actividad profesional³³.

Tanto el derecho a la libertad de información como el derecho a no revelar las fuentes empleadas cuentan con una protección reforzada en la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, ello no significa que su vigencia sea absoluta, ya que en determinadas circunstancias es posible llevar a cabo la restricción de uno y otro. Así lo expresa el artículo 10.2 de la CEDH cuando señala que «el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial». La formulación establecida es acogida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que determina de manera consolidada dos ideas: primera, que es posible establecer medidas legislativas que determinen «restricciones o sanciones» en aquellos casos en los que sea necesario para la preservación de determinados intereses jurídicos, tales como «la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito»; segunda, que el ejercicio de la libertad de información está sometido a «deberes y responsabilidades», que deberán ser objeto de cumplimiento por todo informador en el ejercicio de su función o profesión.

La libertad de información y el anonimato de las fuentes no constituyen, por tanto, derechos de naturaleza inquebrantable y cabe, en consecuencia, la posibilidad de establecer ciertas limitaciones en su ejercicio. No vamos a detenernos en la exposición completa de todas y cada uno de los motivos que justifican una eventual restricción, pero sí lo haremos en lo que respecta a las eventuales limitaciones que puedan aplicarse con relación a la publicación de una información judicial que presenta carácter secreto o reservado en atención a una previsión legal específica³⁴. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado al respecto a través de una doctrina consolidada que desarrolla la posibilidad de restringir el derecho a no revelar las fuentes periodísticas empleadas, cuando la información se corresponda

³³ Según ABAD, esta Recomendación es el documento que, de manera más completa, define las condiciones en las que debe regularse el secreto profesional «y podría servir de base de cualquier intento de regulación de este derecho en nuestro país» (ABAD ALCALÁ, «Sobre la regulación del secreto profesional de los periodistas», *Cuadernos de Periodistas*, número 44, 2022, p. 82).

³⁴ Tal y como señala el Consejo de Europa, «los dos fines legítimos que se invocan con mayor frecuencia para justificar la injerencia en el secreto de las fuentes son «la seguridad nacional» e «impedir la divulgación de informaciones confidenciales». Junto a ello, en cualquier caso y de igual manera, «la defensa del orden», «la prevención del delito» y «la protección de los derechos ajenos» también han sido invocados en varios asuntos de esta naturaleza (*Guía sobre el artículo 10 del Convenio Europeo de derechos humanos: libertad de expresión*, ed. Consejo de Europa, p. 60).

con elementos confidenciales pertenecientes a un proceso penal en curso. Ahora bien, únicamente en aquellos casos en los que un análisis «escrupuloso» determine la necesidad y proporcionalidad de la eventual medida de investigación prevista por la ley, a partir de una interpretación restrictiva que favorezca en último término el derecho mencionado³⁵. Tales han sido los términos empleados en asuntos de relevancia, como aquel que dio origen a la STEDH de 28 de diciembre de 2012 (*Ressiot vs. Francia*). El pronunciamiento emitido trae causa de la solicitud presentada por cinco periodistas pertenecientes a los medios de comunicación *L'Équipe* y *Le Point*, que publicaron información detallada relacionada con una instrucción judicial desarrollada en el año 2004 sobre el dopaje de ciclistas pertenecientes a un equipo profesional. Una información que incluyó transcripciones de escuchas telefónicas y datos confidenciales en torno al resultado de los diferentes registros domiciliarios practicados. Teniendo bajo sospecha a 10 policías que intervinieron en la investigación, se inició una instrucción judicial con el fin de identificar a los autores de los tipos delictivos relacionados con la vulneración del secreto de la instrucción, practicándose diferentes diligencias que afectaron directamente a los periodistas, a saber, requerimientos a las compañías telefónicas de información sobre las llamadas efectuadas y recibidas, intervención de las propias comunicaciones telefónicas, registro de la sede de ambos medios de comunicación así como del domicilio de los periodistas o incautación de ordenadores con el fin de identificar eventuales ficheros de documentación. Todo ello en un procedimiento en el que, al margen de la fiscalía, se constituyó como parte civil un corredor ciclista por entender que se había vulnerado su derecho a la presunción de inocencia a partir de la publicación de información judicial de naturaleza reservada.

En el curso del procedimiento penal desarrollado, se solicitó la anulación del resultado obtenido en los registros practicados, y de las diligencias practicadas de manera subsiguiente, así como de los resultados de las intervenciones telefónicas efectuadas, sobre la base de las normas de derecho interno que protegían las fuentes periodísticas, así como del artículo 10 de la CEDH. Frente a ello, el tribunal de apelación en instrucción (*Chambre de l'instruction*), tras reconocer el papel fundamental que presenta la libertad de información y la protección de las fuentes periodísticas en una sociedad democrática, efectuó en la resolución del recurso una referencia a los artículos 9-1 del Código Civil y 11 del Código de Enjuiciamiento Criminal³⁶. En

³⁵ Véase a este respecto las SSTEDH de 19 de enero de 2016 (*Görmüs vs. Turquía*), de 1 de abril de 2021 (*Sedletska vs. Ucrania*) y de 22 de noviembre de 2021 (*Norman vs. UK*). Este último pronunciamiento subraya la necesidad de guardar la mayor prudencia posible cuando las medidas adoptadas o las sanciones impuestas a la prensa determinan una suerte de disuasión respecto a la participación en el análisis de problemas de interés general legítimo (§ 84). Por su parte la STEDH de 15 de julio de 2003 subraya la necesidad de que la medida adoptada se encuentre prevista por la ley, teniendo en cuenta a este respecto que «el término "ley" debe entenderse en su acepción "material" y no "formal". En un ámbito cubierto por el derecho escrito, la "ley" es el texto vigente tal como lo han interpretado los órganos jurisdiccionales competentes (*mutatis mutandis*, *Kruslin y Huvig vs. Francia*, sentencias de 24 de abril de 1990, serie A no 176 A y B, respectivamente, págs. 22, § 29 y 53, § 28)» (§ 96).

³⁶ El artículo 9-1 del Código civil francés reconoce de manera expresa el derecho a la presunción de inocencia, estableciendo al respecto que «cuando una persona sea, antes de cualquier condena, presentada públicamente como culpable de hechos que sean objeto de una investigación o de una instrucción judicial, el juez podrá, incluso en procedimiento sumario, sin perjuicio de la reparación del perjuicio sufrido, prescribir cualquier medida, como la inserción de una rectificación o la difusión de un comunicado de prensa, con el fin de poner fin a la violación de la presunción de inocencia, a cargo de la persona física o jurídica responsable de dicha violación». Y junto a ello, el artículo 11 del Código de procedimiento penal determina que, «salvo disposición contraria de la ley y sin perjuicio de los derechos de la defensa, las actuaciones durante la investigación y la

tal sentido, el tribunal de apelación constató que «la publicación de una gran cantidad de información amparada por el secreto de sumario había supuesto un «obstáculo considerable» para la organización de los trabajos del juez de instrucción encargado del caso, que había declarado que «la casi totalidad de las personas que estaban siendo investigadas o que podían haber sido oídas como testigos ya conocen no sólo nuestras intenciones, sino también los detalles de los cargos que se les imputan». También consideró que la publicación en el diario *L'Équipe* de amplios extractos de las entrevistas que había realizado había «torpedeado» la investigación en curso al impedir que se siguiera investigando, añadiendo que los investigadores no tendrían más ramificaciones. Igualmente señaló que en el momento de la publicación del artículo de *Le Point*, el 22 de enero de 2004, todavía no se le había comunicado ninguna de las escuchas telefónicas transcritas en el artículo. El tribunal de apelación constató en fin que, para las personas mencionadas en los artículos publicados, la supuesta violación del secreto de instrucción había supuesto una vulneración de la presunción de inocencia y que la publicación de algunas de sus conversaciones telefónicas grabadas también constituía una vulneración de su intimidad.

Continuando con el razonamiento esgrimido por el tribunal de apelación francés, se consideró demostrado que la violación del secreto de la instrucción «había comprometido el avance de la investigación así revelada y había supuesto una vulneración de la presunción de inocencia de las personas a las que se referían estos artículos, así como una vulneración de su intimidad por la publicación de algunas de sus conversaciones telefónicas». A partir de ello, se declararon nulas las diligencias practicadas antes de la primera toma de declaración judicial en instrucción de los periodistas, así como la práctica de ciertas investigaciones técnicas sobre los dispositivos de los policías sospechosos, por considerar que constituyeron una injerencia desproporcionada con relación al momento y a las necesidades de la investigación en curso. Y se mantuvieron aquellas diligencias desarrolladas con posterioridad, por considerar que las mismas –en concreto los registros efectuados– constituyeron «la única medida útil para esclarecer la verdad», llevándose a cabo «con celeridad, de conformidad con el Derecho interno y respetando los principios derivados del artículo 10 del Convenio». Respetando, por tanto, los principios de necesidad y proporcionalidad, y constituyendo en segundo término medidas amparadas en un fin legítimo.

Planteado el correspondiente recurso de casación, el mismo fue desestimado por considerarse que la injerencia en el derecho a la libertad de prensa y la protección de las fuentes periodísticas fue necesario, proporcionado y amparado en un fin legítimo. Añadiendo a ello que «las medidas impugnadas lo fueron a causa de la divulgación del contenido, que por ley debía permanecer secreto, de documentos de una investigación en curso», constituyendo «medidas justificadas tanto por los imperativos de interés general de protección de los derechos de los demás, entre los que figura la presunción de inocencia, como por la necesidad de preservar información confidencial, así como por la necesidad de prevenir conductas que pudieran impedir el descubrimiento de la verdad».

Precisamente en Francia, el problema relacionado con la protección de las fuentes periodísticas ha cobrado actualidad en los últimos años a partir del procedimiento judicial con relación a la información publicada por la periodista Ariane Lavrilleux, por razón de la revelación de

instrucción serán secretas. Todas las personas implicadas en estos procedimientos están obligadas a guardar el secreto profesional en las condiciones y penas previstas en los artículos 226-13 y 226-14 del Código Penal».

secretos vinculados con la seguridad nacional asentada en la publicación de documentos clasificados; una periodista que, en enero de 2025, no fue finalmente imputada por la comisión de ilícitos penales por decisión del órgano judicial correspondiente. La investigación incluyó la entrada y registro del domicilio de Lavrilleux, quien fue igualmente detenida, todo ello al amparo razones imperativas de interés público. La periodista señaló, precisamente, a los medios de comunicación, que el objetivo del registro de su domicilio durante diez horas no fue otro que rastrear sus fuentes de información, recalcando que «sin fuentes no hay periodismo posible», con el riesgo de que la información a publicar quede limitada a «meros comunicados de prensa».

A raíz de la situación generada, 110 organizaciones apelaron a la protección de las fuentes periodísticas, y organizaciones como *Reporteros sin fronteras*, *Fondos para una prensa libre* y el Sindicato Nacional de Periodistas Franceses remitieron una carta común al primer ministro, François Bayrou, así como a los ministros de Cultura, Interior, Justicia y Defensa, en la que formularon cinco recomendaciones para garantizar el secreto de las fuentes periodísticas: 1) Restricción de las condiciones que permitan el levantamiento del secreto profesional de los periodistas, delimitando con claridad la situaciones que justifiquen el mismo y limitándolas a la prevención y la represión de delitos de una gravedad particular, evitando con ello formulaciones generales justificativas tales como la existencia de un «imperativo preponderante de interés público»; 2) Autorización judicial para cualquier acto de investigación que afecte al secreto mencionado, como pueda ser el registro de un domicilio o la geolocalización; 3) Extensión del secreto aplicable a las fuentes más allá de los periodistas tradicionales, aplicándolo igualmente a los colaboradores de los medios, los autores de obras de investigación y los autores de documentales; 4) Posibilidad de solicitar, vía recurso, la nulidad de los actos de investigación que vulneren el secreto profesional; 5) Tipificación en el Código Penal de un delito específico por vulneración del secreto de las fuentes empleadas, en la línea de la protección ofrecida al secreto profesional de médicos y abogados. Esto es, el periodismo en Francia, si bien requiere la protección efectiva del secreto profesional del periodista, admite una eventual limitación aplicable sobre el mismo. Y, en lo que a nosotros nos interesa, solicita una delimitación, con claridad, de las situaciones que justifiquen el mismo y su restricción a la prevención y la represión de delitos que presenten una gravedad particular³⁷.

El caso es que, volviendo al asunto *Ressiot* y a la sentencia dictada en casación, se plantea un recurso frente a alle ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, generándose la sentencia a la que estamos haciendo referencia, de 28 de diciembre de 2012 (*Ressiot vs. Francia*). En ella, y a partir de la doctrina consolidada establecida al efecto sobre la libertad de información, y ésta es una idea importante a tener en cuenta, el tribunal sitúa como cuestión a resolver determinar «si, en las circunstancias particulares del caso de autos, el interés en informar al público sobre un tema importante como el dopaje en el deporte (véanse los apartados 114 y 116 supra) prevalecía sobre los “deberes y responsabilidades” que incumbían a los demandantes en razón del origen dudoso de los documentos que les habían sido enviados (véase la sentencia Dupuis y otros, apartado 42)». Y junto a ello, «si el objetivo de preservar la confidencialidad de la investigación constituía una justificación pertinente y suficiente de la injerencia». El derecho de los periodistas a ocultar sus fuentes, subraya a este respecto la Sala, debe considerarse «un

³⁷ Sobre al tratamiento que en Francia se lleva a cabo sobre esta materia, puede consultarse el trabajo de DENIS («La protection des sources journalistiques», *Revue Juridique de l'Ouest* 2003/3, pp. 255-282).

auténtico atributo del derecho a la información, que debe tratarse con la máxima prudencia». Y es precisamente esta prudencia la que conduce al tribunal a considerar, en los hechos acontecidos, la incapacidad del Gobierno francés para demostrar la existencia de un balance equitativo de intereses que justifique las medidas adoptadas. Si bien los motivos invocados pueden ser considerados pertinentes, en ningún caso pueden ser considerados suficientes para justificar los registros e incautaciones llevados a cabo. Las medidas que limitan la libertad de expresión deben constituir «el último recurso» y asentarse en el cumplimiento de «una necesidad social imperativa». En el caso objeto de análisis, las diligencias de investigación adoptadas –registros en la sede del medio de comunicación y en el domicilio de los periodistas– fueron confirmados por las instituciones judiciales francesas «sin que se demostrara la existencia de tal necesidad» y sin respetar el principio de proporcionalidad debido, teniendo en cuenta el profundo efecto que los registros efectuados en la sede de los dos periódicos tuvo en los profesionales que allí trabajaban y la percepción por ellos de una amenaza potencial al libre ejercicio de su profesión. En este sentido, señala el tribunal, «los investigadores que, provistos de órdenes de registro, sorprenden a los periodistas en su lugar de trabajo o en su domicilio, disponen de poderes de investigación muy amplios porque tienen, por definición, acceso a toda su documentación». Y ello hace que el principio general que exige un escrutinio escrupuloso sobre las medidas a adoptar se vea reforzado³⁸.

El caso *Ressiot* muestra que es posible quebrantar el derecho a no revelar las fuentes periodísticas en aquellos casos en los que se estime la existencia de una «necesidad social imperiosa», proporcionada «por una finalidad legítima» (STEDH de 20 de mayo de 1999, *Bladet vs. Noruega*; 28 de diciembre de 2012, *Ressiot vs. Francia*), y que, a partir de ello, la interpretación que lleva a cabo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con relación a las opciones de restricción ofrecidas por el artículo 10.2 de la CEDH permitirá tan solo en contadas y excepcionales ocasiones adoptar sobre periodistas o medios de comunicación medidas que sirvan en el proceso penal para identificar a la fuente de una filtración. El análisis escrupuloso (STEDH de 27 de marzo de 1996, *Goodwin vs. UK*) sobre la prevalencia de un interés jurídico superior, tomando en consideración en todo caso la proporcionalidad de la medida adoptada lo es desde un punto de vista prácticamente absoluto. Y ello determinará previsiblemente que nunca, o casi nunca, pueda considerarse legítimamente aplicable una restricción sobre el derecho a la libertad de información o el derecho a mantener las fuentes en el anonimato³⁹, garantizándose una protección en muchos casos excesiva por parte del TEDH con relación al derecho a no revelar las fuentes de información. Y el caso *Ressiot*, como decimos, es un buen ejemplo de ello. Sentencia de instancia y de casación reconociendo la legitimidad de las medidas judiciales adoptadas para determinar la identidad de la filtración, y resolución del tribunal europeo en sentido contrario, al amparo de consideraciones excesivamente generales

³⁸ La jurisprudencia del TEDH ha subrayado con posterioridad el carácter especialmente restrictivo que presenta un eventual registro en la sede del medio de comunicación o en el propio domicilio del periodista. Así, la STEDH de 19 de enero de 2016 (*Görmüs vs. Turquía*) establece al respecto que «una orden de incautación y registro en los locales profesionales de los periodistas afectados constituye un acto más grave que una advertencia de revelar la identidad de la fuente. En efecto, los investigadores que, provistos de una orden de registro, sorprenden a un periodista en su lugar de trabajo tienen poderes de investigación muy amplios por el hecho de que tienen, por definición, acceso a toda la documentación que posee el periodista (*Roemen y Schmit vs. Luxemburgo*, no 51772/99, § 57, CEDH 2003 IV)» (§ 46). En el mismo sentido, STEDH de 21 de mayo de 2021 (*Big Brother vs UK*), § 443.

³⁹ STEDH de 19 de enero de 2016 (*Görmüs vs. Turquía*).

en torno al principio de proporcionalidad, a pesar de tomar como punto de partida el interés jurídico legítimo y justificativo de las medidas mencionadas⁴⁰.

A partir de la restrictiva interpretación efectuada por el TEDH, el Tribunal Constitucional ha establecido una línea consolidada de protección encaminada a preservar el derecho principal a la libertad de información y el derecho instrumental a no revelar las fuentes empleadas. En tal sentido, resulta de interés efectuar una referencia a la STC 30/2022, en la que se analiza precisamente la cuestión relativa al secreto de las fuentes periodísticas, en un caso –*Caso Cursach*– en el que se investiga por el Juzgado de Instrucción número 12 de Palma de Mallorca, y a través de pieza separada, filtraciones a la prensa de documentos judiciales y policiales que obraban en la pieza principal. En concreto, la obtención de una información confidencial «que no debía ser divulgada y que dio lugar a la publicación de diversas noticias periodísticas» (antecedente 2)⁴¹.

La STC 30/2022 analiza la trascendencia que deba darse a la protección de las fuentes periodísticas, señalando que la protección de las mismas, «también conocida como garantía del secreto profesional de los periodistas, ha sido categorizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como una de las piedras angulares de la libertad de prensa, fundamentándose en que “la ausencia de dicha protección puede disuadir a las fuentes de ayudar a la prensa a informar al público sobre cuestiones de interés general” (STEDH de 25 de febrero de 2003, asunto *Roemen y Schmit vs. Luxemburgo*, § 46). De no existir esta garantía, señala el Tribunal Europeo Derechos Humanos, el papel vital de “guardián público” (*watchdog*) de los medios periodísticos “puede verse socavado y la capacidad de los mismos para proporcionar información precisa y confiable puede verse afectada negativamente” (STEDH de 28 de junio de 2012, asunto *Ressiot y otros vs. Francia*, § 99; 27 de marzo de 1996, asunto *Goodwin vs. Reino Unido*, § 39, y 25 de febrero de 2003, asunto *Roemen y Schmit vs. Luxemburgo*, § 46). El grave riesgo que la obligación de revelar las fuentes de prueba puede suponer para el núcleo esencial de la libertad de información y la formación de una opinión pública libre (art. 10 CEDH) ha justificado que el Tribunal Europeo Derechos Humanos haya venido establecido que las limitaciones a la confidencialidad de las fuentes periodísticas, al igual que ocurre con la confidencialidad de las relaciones entre abogado y cliente, deben estar sometidas a un control de proporcionalidad mucho más riguroso que cualquier otro medio de investigación, debiendo evaluar si existe una “necesidad social urgente” de la restricción y si esta está justificada atendiendo al “interés de la sociedad en asegurar y mantener una prensa libre” (STEDH 27 de marzo de 1996, asunto *Goodwin vs. Reino Unido*, § 40). Esta ponderación, además, no debe resolverse atendiendo únicamente a la utilidad de la medida de investigación (por ejemplo, por ser la única posible para el esclarecimiento de los hechos) sino que también ha de tenerse en cuenta tanto la gravedad del delito objeto de investigación, como el propio interés público de la

⁴⁰ Tal y como apunta FRANCILLON, «cualquier injerencia de los poderes públicos en el ejercicio de este derecho resulta injustificable. Pero una concepción tan radical de la libertad de expresión choca con otras exigencias de la sociedad. Hay informaciones que todo el mundo sabe que no pueden divulgarse sin riesgo o perjuicio. Por ejemplo, la información confidencial relativa a la defensa nacional, la vida privada y la reputación de las personas, o el correcto desarrollo de una investigación policial o judicial. Los casos que se exponen a continuación ilustran la dificultad de encontrar el justo equilibrio entre la necesidad de proteger las fuentes de los periodistas y la no menos imperiosa necesidad de defender intereses legítimos dignos de protección legal» (FRANCILLON, *Liberté d'expression. Protection des sources des journalistes*, 2014. https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/NOVEMBRE_2014/RSC.pdf).

⁴¹ STC (Sala primera) 30/2022 de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022).

noticia objeto de divulgación (STEDH de 6 de octubre de 2020, asunto *Jecker vs. Suiza*, § 38-40)» (FJ 4).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señala el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, «ha venido estableciendo una serie de garantías procesales directamente dirigidas a consolidar una esfera de protección en las relaciones de confidencialidad entre los periodistas y sus fuentes. Así, a la anteriormente mencionada ponderación de los derechos e intereses en juego, hay que unir también la exigencia de control judicial efectivo que determine si existe un interés público suficientemente prevalente en el levantamiento del secreto profesional (STEDH de 14 de septiembre de 2010, asunto *Sanoma Uitgevers B.V. vs. Países Bajos*, § 90), y la necesidad de un procedimiento específico destinado a identificar y aislar, previo al acceso a dicho material, la información que pueda conducir a la identificación de fuentes a partir de información que no conlleve tal riesgo (STEDH de 16 de octubre de 2007, asunto *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH vs. Austria*, § 62-66, aplicada a un caso de acceso a dispositivos informáticos de abogados)».

Siguiendo tales consideraciones, se forma un cuerpo de doctrina constitucional en torno al secreto profesional en el ejercicio del derecho a la información –reconocido en el artículo 20 CE–, y su consideración como garantía a través de la cual se preserva igualmente la satisfacción del carácter objetivo de la libertad de prensa, que juega un «papel como pieza básica en el sistema democrático» y se inserta en el «derecho a transmitir y recibir una información libre y plural» (STC 199/1999 FJ 2)⁴². El secreto profesional opera, en este sentido, en el ámbito de la libertad de la información, «como una garantía al servicio del derecho a la información, mediante la que se ensanchan las posibilidades informativas de la sociedad, dándose a conocer hechos y realidades que, sin ella, no verían la luz» [STC 24/2019, FJ 6 c)]⁴³. Esto es, la protección de las fuentes de información «constituye un instrumento destinado directamente a generar un ámbito de confidencialidad», evitando así «que puedan verse –las fuentes– condicionadas a no ayudar a la prensa y profesionales de la información, en su labor de informar a la sociedad y contribuir así a la formación de una opinión pública y libre». Nos encontramos con una garantía esencial vinculada a un derecho fundamental, lo cual requiere que «el quebrantamiento de dicha esfera de protección puede generar en la libertad de información (art. 20 CE), deba quedar sometida a una ponderación más estricta que otras medidas de investigación» y junto a ello, que deba «facilitarse la participación de todos los afectados –a través de las acciones pertinentes– para que puedan evacuar sus propios argumentos y solicitar una ponderación de sus intereses» (STC 30/2022, FJ 4 y 5)⁴⁴.

Con carácter general, en consecuencia, la confidencialidad de las fuentes manejadas es objeto de protección por vía jurisprudencial a partir de las consideraciones que se efectúan en torno a la libertad de información como derecho constitucional⁴⁵. Estableciéndose un necesario y

⁴² STC (Sala segunda) 199/1999, de 8 de noviembre (BOE núm. 300, de 16 de diciembre de 1999).

⁴³ STC (Sala primera) 24/2019, de 25 de febrero (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2019).

⁴⁴ Véase a este respecto la referencia efectuada por RIAÑO a los pronunciamientos judiciales mencionados en «Principio de presunción de inocencia: iniciativas de protección en el Derecho francés y su aplicación en el ordenamiento jurídico español», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º. 64, septiembre de 2024, p. 33 y ss.

⁴⁵ En este sentido, el secreto profesional aplicado a las fuentes debe entenderse referido exclusivamente con relación a la publicación de la información correlativa, y no cuando se produce la obtención de un documento encaminado a conseguir otros fines, como puede ser la propia defensa del periodista frente a una demanda

riguroso control de proporcionalidad en las eventuales limitaciones que se puedan aplicar a la misma, que examine la existencia de una necesidad social urgente, la gravedad del delito objeto de investigación, así como la utilidad de la medida de investigación y el hecho de que sea la única posible para el esclarecimiento de los hechos. Es necesaria una ponderación de los derechos e intereses en juego (libertad de información versus investigación penal sobre hechos delictivos) llevada a cabo por una autoridad judicial que determine «si existe un interés público suficientemente prevalente en el levantamiento del secreto profesional». Esto es, el derecho del periodista a preservar la identidad de las fuentes de información no constituye un elemento inquebrantable que deba ser mantenido en todo caso, sino que –respetando criterios de proporcionalidad– los tribunales pueden decidir –y exigir– la revelación de tal identidad. La jurisprudencia permite su quebrantamiento en circunstancias excepcionales no determinadas de manera concreta (necesidad social urgente y gravedad del delito, tal y como establece la STC 30/2022), a partir de una normativa que no regula de manera específica y desarrollada el derecho mencionado. Y es que, ciertamente, en nuestro ordenamiento jurídico es posible hallar previsiones normativas que sirven para preservar el anonimato de quien decide efectuar una revelación pública sobre la comisión de infracciones de naturaleza penal, pero ninguna de ellas puede situarse en el supuesto que estamos analizando (fuente que proporciona información objeto de publicación).

La Ley de Enjuiciamiento Criminal no contempla una referencia específica al secreto profesional del periodista en la regulación de las dispensas testificales, a pesar de que el artículo 20 de la Constitución establece de manera expresa que «la ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional»⁴⁶. Una exigencia constitucional de desarrollo

judicial. Así lo establece la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de mayo de 2009 (AAP M 5955/2009 - ECLI:ES:APM:2009:5955A). De la misma manera, el secreto profesional no puede servir como elemento que sirva para amparar una información no veraz publicada o para excusar una eventual responsabilidad por atentados contra el derecho al honor, tal y como apunta la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana (Sección 2), en sentencia dictada el 8 de septiembre de 2003 (AAP CS 268/2003 - ECLI:ES:APCS:2003:268A).

⁴⁶ Este tipo de normas ya existen en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Así, por ejemplo y en Francia, la Ley sobre la protección del secreto de las fuentes periodísticas, de 4 de enero de 2010. Una norma cuyo artículo segundo establece que «la confidencialidad de las fuentes sólo podrá vulnerarse directa o indirectamente si existe un interés público superior para ello y si las medidas previstas son estrictamente necesarias y proporcionadas al objetivo legítimo perseguido», teniendo en cuenta que «en ningún caso dicha injerencia podrá consistir en la obligación del periodista de revelar sus fuentes» y que «se considerará violación indirecta del secreto de las fuentes, en el sentido del párrafo tercero, el hecho de intentar descubrir las fuentes de un periodista mediante investigaciones en las que participe cualquier persona que, por sus relaciones habituales con un periodista, pueda disponer de información que permita identificar a dichas fuentes». En el curso de un procedimiento penal –continúa señalado el artículo 2– «para apreciar la necesidad de la infracción se tendrá en cuenta la gravedad del delito o falta, la importancia de la información buscada para la represión o prevención del delito y el hecho de que las medidas de investigación previstas sean indispensables para el esclarecimiento de la verdad». El texto legal determinó la modificación de la ley de 1881 de libertad de prensa, así como de determinadas disposiciones del Código de Procedimiento Penal. En concreto, el artículo 56.2 (relacionado con los registros a efectuar en los locales de un medio de comunicación o en el domicilio de un periodista en el marco de investigaciones relacionadas con su actividad profesional), 60 (relacionado con la obligación de proporcionar a la policía información útil por parte de organismos públicos o entidades de derecho privado, efectuando una referencia a la información “protegida por el secreto legal” o el “secreto profesional”), 77-1-1 y 99-3 (relativos a la solicitud por el fiscal, juez de instrucción o por la policía con su autorización de documentación pertinente para la investigación, incluida la producida por un sistema informático o de tratamiento de datos personales, y a la posibilidad de alegar el secreto profesional con un motivo legítimo), 100-5 (relacionado con la prohibición de transcribir la correspondencia con un periodista que permita identificar a

legislativo que no se ha llevado a cabo hasta la fecha. No porque no se haya querido, sino porque las iniciativas planteadas no han visto la luz. Es el caso del proyecto normativo desarrollado en el año 2022, cuya aprobación y entrada en vigor quedó en suspenso como consecuencia de la disolución anticipada de las Cortes. Se trata ésta de una propuesta cuya implementación ha sido y es requerida con carácter recurrente por la Federación de Asociaciones de Periodistas (FAPE) o la Federación de Sindicatos de Periodistas (FeSP)⁴⁷, a pesar de que, en ciertos sectores del periodismo, la posibilidad de desarrollar legislativamente el contenido del secreto profesional del periodista haya sido contemplada desde el ámbito periodístico como una amenaza para el desarrollo de este derecho, tal y como apunta SAN MIGUEL citando a CEBRIÁN. Se afirma, así, que «el desarrollo de una ley positiva concreta del secreto profesional lo contemplamos como una amenaza, como si nos fueran a quitar el secreto profesional, porque hasta ahora cuando tenemos un problema de estos tenemos siempre la posibilidad de apelar a la Constitución ante los tribunales y hay un ejercicio jurisprudencial abierto que nos puede salir por peteneras, salir bien o salir mal, pero en cuanto exista esta ley como tal, con toda seguridad, nos saldrá mal»⁴⁸.

En el mismo sentido, ASENSIO MELLADO apunta al respecto que «se trata el secreto profesional de un derecho ilimitado en tanto no está desarrollado por ley en el sentido establecido por el art. 53,2 CE. Las leyes de desarrollo son leyes de límites, no de eficacia, siendo así que la ausencia de regulación legal de un derecho se traduce en su ejercicio ilimitado e incondicionado. Y aquí reside la extrema dificultad de un derecho complejo que genera problemas de consideración que, estando en el punto de conflicto entre unos derechos y otros, puede generar consecuencias ciertamente graves en momentos de tensión social y de favorecimiento de intereses que el propio proceso penal incrementa mediante un uso espurio del mismo». Podría, sin duda, ser conveniente –continúa señalando este autor– «una regulación que, siendo necesaria, podría ser suficientemente clara y expresa como para evitar excesos. Porque, la obtención de noticias de forma ilícita por terceros que las transmiten a la prensa y que ésta hace públicas siendo posteriormente utilizadas por policía y fiscalía no es un fenómeno ajeno a ciertos ordenamientos, aunque en España no haya tenido aún acogida. Considerar prueba documental las informaciones periodísticas para, de forma indirecta, avalar pruebas ilícitas es comportamiento que debe evitarse y frente al cual este derecho constituye, sin regulación, un obstáculo importante. En todo caso, la solución es compleja; pero obligado es que no penetre en el proceso»⁴⁹.

una fuente), 326 y 437 (relativos a la obligación de prestar declaración testifical y de su eventual exclusión con base en el derecho de todo periodista oído como testigo sobre informaciones recogidas en el ejercicio de su profesión a no revelar su origen”).

⁴⁷ <https://fape.es/organizaciones-y-sindicatos-de-periodistas-piden-al-gobierno-ser-escuchadas-para-implementar-el-reglamento-europeo-sobre-la-libertad-de-los-medios-de-comunicacion/>

⁴⁸ SAN MIGUEL, *De los juicios paralelos en la Sociedad Global de la Información, Problemas y soluciones. Capítulo III. Del principio de publicidad procesal al principio de publicación del proceso*, 2023, pp. 133-134. Citando a CEBRIÁN, «El secreto profesional de los periodistas: debate con Juan Luis Cebrián», en *Cuadernos y debates*, núm. 12, Madrid, 1988, p. 22

⁴⁹ ASENSIO MELLADO, «La infracción del derecho al honor por los medios de comunicación información ilícita alguna, vulneradora de derechos de terceros y que se avale o legalice por la vigencia exclusiva y preferente de un derecho frente a otros también fundamentales», en GÓMEZ COLOMER (dir.) *Tratados sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 493-494

El Proyecto mencionado –presentado con fecha de 14 de diciembre de 2022– desarrolla lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución con el fin de «proteger a las personas físicas o jurídicas que hayan servido de fuente para informaciones periodísticas», y junto a ello «evitar que actuaciones que menoscaben el secreto profesional desincentiven a futuras fuentes de colaborar con los medios de comunicación» (EM)⁵⁰. En tal sentido, establece que ningún periodista será perseguido por proteger la identidad de sus fuentes⁵¹, estableciéndose el secreto profesional no sólo como un derecho sino también como un deber, de manera que existe la obligación de no revelar «la identidad de la fuente, la comunicación a través de la cual se transmitió la información, el contenido de la misma y cualquier otro elemento accesorio que pudiera ser empleado para identificar a la fuente» (artículo 5)⁵²; todo ello predicable tanto con relación al periodista como al director del medio de comunicación. Y teniendo en cuenta, en este sentido, la definición que ofrece del término «periodista» como aquel «profesional que se dedica a comunicar información veraz a la ciudadanía por cualquier medio de comunicación, cuya principal misión sea hacer realidad el derecho a la información que tiene la sociedad». Y que por «medio de comunicación» se entiende «todos aquellos canales (prensa, radio, televisión

⁵⁰ La iniciativa presentada no es novedosa, habida cuenta de la presentación de propuestas normativas al respecto en el pasado. Es el caso de la Proposición de Ley del año 1993 reguladora de la cláusula de secreto profesional de los periodistas, presentada por el Grupo Parlamentario Federal Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, que finalmente caducó en el proceso de elaboración parlamentario. Se trata de una proposición que define el secreto profesional como aquel derecho «a negarse a desvelar la identidad del autor o autores de la información obtenida», así como a la exclusión de eventuales registros o incautaciones de material relativo a la información elaborada y difundida, centrando su atención –artículo segundo– en la alegación del derecho ante los órganos judiciales en cualquier fase procesal. Tal referencia, sin embargo, se ve matizada en el mismo precepto al señalar que «cuando el periodista sea requerido como testigo en un proceso penal por un delito de los previstos en el Título I del Libro II del Código Penal –Delitos contra la seguridad exterior del Estado– el Juez, mediante resolución motivada, podrá determinar que la declaración del periodista resulta imprescindible para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad que de ello se derive». Igualmente, el artículo segundo determina en su apartado tercero que «el secreto profesional no podrá ser alegado cuando la información difundida afecte a materias clasificadas como secretas de acuerdo con lo que prevé al respecto la legislación vigente» (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los diputados, V Legislatura. Núm. 25-1 de 14 de septiembre de 1993).

⁵¹ En torno a la eventual responsabilidad penal del periodista, PRAT WESTERLINDH, aunque reconoce la existencia de cierto sector de la doctrina que emite un pronunciamiento en sentido contrario, rechaza la posibilidad de considerar al medio de comunicación que publica una información perteneciente a la fase de instrucción como inductor o cooperador necesario de la conducta ilegal desempeñada por un tercero (funcionario, autoridad o particular) (PRAT WESTERLINDH, *Relaciones entre el Poder Judicial y los medios de comunicación. Los juicios paralelos*, 2013, pp. 562-563).

⁵² Tal y como apunta VILLANUEVA, «en la mayor parte de los casos de derecho comparado se puede advertir que el secreto profesional del periodista ha sido regulado como un derecho; es decir, su ejercicio es potestativo por parte del periodista. Sin embargo, hay legislaciones en donde el secreto profesional del periodista es un deber jurídico, en la medida en que el informador se encuentra obligado a mantener reserva sobre la identidad de sus fuentes, so pena de ser acreedor de una sanción o amonestación pecuniaria o corporal» (VILLANUEVA, *Derecho comparado de la información*, 2002, p. 575). Es importante notar –continúa señalando este autor– que «el secreto profesional del periodista como deber jurídico o como derecho subjetivo ha tenido como telón de fondo un apoyo sustantivo entre la propia sociedad civil, particularmente en los sectores ilustrados que han visto esta figura legal como una garantía más para la formación de una opinión pública libre, sustento sobre el que se erige un Estado Democrático de Derecho. En los Estados Unidos, por ejemplo, un sondeo de opinión levantado por Gallup en 1973 –a propósito del establecimiento de Leyes Escudo estatales de protección de las fuentes periodísticas– en 300 localidades ubicadas a lo largo del territorio americano reveló que el 57 % de los 1.462 entrevistados apoyaba el derecho periodístico de la protección de las fuentes noticiosas. Este apoyo fue mayor entre los universitarios, al registrar el 68 % de simpatías en pro de crear una legislación que introdujera el secreto profesional» (p. 575).

digital) que difunden informaciones verdaderas y están sustentados en una sociedad editora o persona física propietaria (pública o privada) comprometida con las buenas prácticas y códigos deontológicos que rigen el periodismo» (artículo 2)⁵³.

La regla general de protección establecida puede, sin embargo, ser exceptuada «mediante mandato judicial expreso de un órgano de la jurisdicción penal, que deberá valorar la necesidad y proporcionalidad de la medida» en dos concretos supuestos: a) cuando se constate fehacientemente que la fuente ha falseado conscientemente la información; b) cuando la revelación de la fuente sea el único medio para evitar un daño grave e inminente a la vida, la integridad física o la seguridad de las personas. En tales casos, «la autoridad judicial podrá ordenar la práctica de las actuaciones admisibles en Derecho, si bien queda excluida la requisación de las herramientas de trabajo de los periodistas, sean éstas del tipo que sean, en el ejercicio de su profesión»⁵⁴.

El tenor del Proyecto legislativo presenta una naturaleza restrictiva, en tanto en cuanto la necesidad de la medida -y su proporcionalidad- únicamente podrán ser valoradas en aquellos supuestos concretos en los que la información publicada sea falsa o exista un riesgo para terceros, sin dar cabida a supuestos que –según la jurisprudencia del TEDH- podrían legitimar la actuación judicial en caso de ser adoptados con la debida proporcionalidad para dar cumplimiento a una «necesidad social imperiosa», proporcionada «por una finalidad legítima». Supuestos que el artículo 10 del Convenio europeo para la protección de derechos humanos y libertades fundamentales sitúa en la necesidad de preservar «la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial». El contraste apuntado queda en nada como consecuencia del decaimiento del Proyecto, y determina que -en ausencia de normativa interna específica- sea el precepto recogido en el Convenio Europeo, así como la jurisprudencia emitida por el Tribunal

⁵³ El secreto profesional en el ámbito del periodismo tiene por objetivo proteger la identidad de la fuente, en razón de muy diversos factores, tal y como apunta ESPIN: «la propia reserva sobre la vida privada del informante, cuestiones de seguridad personal del mismo, evitar acciones legales contra él —que pueden consistir incluso en actuaciones policiales si se trata de personas buscadas por presuntos hechos delictivos—, etc. Así pues, frente al secreto profesional aplicable en otras actividades, en las que el profesional no debe proporcionar información sobre el cliente, en el secreto profesional de los periodistas la reserva versa exclusivamente sobre la identidad de esa fuente, mientras que la información que proporciona la fuente (que aquí sustituye al «cliente») tiene precisamente el destino opuesto de ser difundida» (ESPÍN, Eduardo. «Los derechos de libertad (II). Libertades de expresión e información», en *Derecho Constitucional, volumen I*, 9ª edición, 2013, p. 269).

⁵⁴ La referencia a la necesidad de que exista un riesgo de esta naturaleza es apuntada por NIEVA, en un sentido diferente al establecido en el Proyecto, cuando señala que «resulta imprescindible limitar el alcance de ese secreto profesional, evitándose además que el periodista pueda construir con sus investigaciones sobre hechos penales gravísimos, una especie de novela por entregas con finalidades simplemente crematísticas. En coherencia con ello, los ordenamientos tienen que regular dichos límites, que deben tener en cuenta lo acabado de expresar, recogiendo la posibilidad de que el secreto pueda ser alzado, con las debidas garantías de protección para los diferentes testigos y para el propio periodista. Ese alzamiento quizás podría llevarlo a cabo un órgano mixto de composición judicial y periodística, en supuestos de especial gravedad. Y, por último, como antes se dijo, el secreto periodístico solamente puede tener lugar en caso de que con él se proteja la vida o integridad física, psíquica, social o económica de los informantes o del propio periodista, y siempre y cuando exista como trasfondo la investigación de un hecho delictivo. De lo contrario, el periodista debe revelar sus fuentes, habida cuenta de que ningún motivo existirá para la protección del secreto al no poderse provocar daños a persona alguna» (NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal III. Proceso penal*, 2019, p. 368).

Europeo de Derechos Humanos, la base fundamental en la regulación de la libertad de información y del derecho a no revelar la identidad de las fuentes empleadas. Por lo menos hasta la entrada en vigor del Reglamento UE 2024/1083 sobre la Libertad de los Medios de Comunicación, en el que se incluyen previsiones que afectan de manera directa a la eventual preservación del anonimato de las fuentes periodísticas en el curso de una investigación penal. Previsiones que van desde una eventual obligación a revelar las fuentes de información hasta la posibilidad de instalar programas espía en los dispositivos utilizados por los periodistas.

El Reglamento sigue la línea marcada por el Consejo de Europa, que admite la opción de someter el derecho a la libertad de expresión –y dentro de él, la libertad de información- a «formalidades, condiciones, restricciones o sanciones»⁵⁵. De manera más precisa en la concreción de las medidas que se puedan adoptar (obligación de revelar información, detención, sanción, interceptación, inspección, vigilancia o instalación de programas informáticos de vigilancia intrusiva), pero de forma más genérica en lo que atañe a la eventual justificación –motivación- en la adopción de las mismas (basta una razón imperiosa de interés general y la aplicación de la debida proporcionalidad, en lo que atañe a la mayor parte de las medidas). Con la salvedad, en este último aspecto, de la instalación de programas de vigilancia intrusiva, cuya aplicación sólo estará permitida en el caso de que se lleve a cabo en la investigación de determinados delitos. El Reglamento no aporta elementos específicos que sirvan para complementar, aclarar y concretar la aplicación del principio de proporcionalidad establecido por la jurisprudencia del TEDH, limitándose a establecer una formulación general cuya interpretación deberá ser llevada a cabo por los tribunales de justicia y que sólo se encuentra objetivada en medidas especialmente intrusivas como puede ser la instalación de programas informáticos espía, a través de la enumeración de los delitos en los que podrá ser aplicada. A diferencia de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando regula los principios generales aplicables a las medidas de investigación tecnológica y nos proporciona una referencia más concreta sobre el equilibrio de intereses en juego y la proporcionalidad que deba aplicarse. Así, el artículo 588 bis.a) determina que sólo se considerarán proporcionadas «cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros». Para la ponderación de los intereses en conflicto, «la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho». Las consideraciones recogidas en este precepto trasladan al texto legal la línea que la jurisprudencia ha venido manteniendo en la definición de la proporcionalidad que se requiere para la adopción de cualquier medida de investigación que vulnere un derecho fundamental. Y es algo que se hace de manera clara y adecuada. Tal y como apunta GÓMEZ-COLOMER, «los únicos criterios para decidir si estamos ante una medida proporcionada ya no son sólo la gravedad del hecho ni la trascendencia social del mismo, sino que se aumentan y adaptan mejor a la realidad»⁵⁶.

⁵⁵ Con relación a la regulación que se efectúa sobre el secreto profesional en diferentes ordenamientos jurídicos, puede consultarse la referencia que efectúan HERNÁNDEZ OROZCO/SANTOYO CASTRO al respecto (HERNÁNDEZ OROZCO /SANTOYO CASTRO, *Deontología jurídica del periodismo. Ética y responsabilidad legal*, 2011, p. 187 ss.) Igualmente, puede consultarse la mención de VILLANUEVA a la regulación -normativa o jurisprudencial- del secreto profesional como absoluto, cuasiabsoluto o limitado (VILLANUEVA, *Derecho comparado de la información*, pp. 583-584).

⁵⁶ GÓMEZ COLOMER, *La contracción del Derecho Procesal Penal*, ed. Tirant lo Blanch, 2020, p. 322.

El problema con el que se puede encontrar el Reglamento europeo en su aplicación, así como la propia normativa interna, es que las pautas establecidas con vistas a la aplicación de las medidas referidas se apoyan en consideraciones relativas al interés general y a la debida proporcionalidad, con lo cual su aplicación se enfrentará probablemente con los mismos obstáculos que han impedido la vigencia real de las previsiones establecidas en el Convenio Europeo de 1950, a saber, una interpretación en exceso rigorista y favorable a la libertad de información por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que utiliza la ausencia de proporcionalidad como argumento principal para desarmar la argumentación –en ocasiones fundamentada– empleada por determinados tribunales nacionales –véase, por ejemplo, el caso *Ressiot*⁵⁷. Ahora bien, y recuperando las preguntas formuladas en el apartado introductorio del presente trabajo, ¿hasta qué punto el derecho principal a proporcionar de manera libre información veraz y el derecho instrumental a no revelar las fuentes empleadas deben prevalecer sobre el principio de reserva de las actuaciones judiciales que se desarrollan en fase de instrucción? El eventual daño ocasionado a la investigación y a quien, siendo «investigado», puede ser absuelto en este momento inicial del procedimiento, ¿no merece ser situado en primer término frente al secreto profesional en el ejercicio de la labor periodística? ¿Debería tener prevalencia la función de los tribunales de preservar la ley y el orden frente al secreto profesional? En mi opinión, para poder resolver estos interrogantes es necesario remontarnos al análisis del bien jurídico protegido por el derecho a la libertad de información, y determinar si todo contenido expresado en los medios de comunicación es susceptible de amparo jurídico.

A este respecto, URÍAS pone de manifiesto la vinculación entre la libertad de opinión y aquellos contenidos que tengan algún tipo de relación con el funcionamiento de una sociedad democrática, de manera que permitan la generación de una opinión pública libre como «condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático». O, dicho en otras palabras, el objetivo constitucional de la protección de la libre expresión «es asegurar el derecho a opinar sobre cómo funciona la sociedad». Estas consideraciones pueden ser igualmente aplicables al derecho a la información, si tenemos en cuenta que «la transmisión de informaciones es posiblemente la manifestación de la comunicación con más trascendencia política y social. Está directamente relacionado con la existencia de un flujo comunicativo que permita a la ciudadanía acceder al conocimiento de hechos trascendentes que merece ser garantizado. La existencia misma de un sistema democrático exige que la ciudadanía pueda tener conocimiento de lo que sucede en la sociedad, en especial en lo que atañe a la gestión pública», ya que «solo a partir del acceso libre a la

⁵⁷ En este sentido, pronunciamientos como el emitido por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8) el 10 de septiembre de 2021, en referencia a la solicitud que se efectúa en el recurso acerca de la obtención de las fuentes de conocimiento periodísticas, subrayan su confidencialidad al amparo de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos, «que ha tenido al secreto profesional del periodista (derecho a no revelar sus fuentes, reconocido además en el art. 20 C.E.), como garantía básica y piedra angular que sustenta el derecho a la libertad de información. Garantía de reserva de las fuentes periodísticas que, sin distinción, determina que pueda considerarse como cuasi absoluta, que únicamente podría ceder (a la luz de las restricciones que el Convenio Europeo de Derechos Humanos establece en su art. 10 conforme a la interpretación que efectúa el TEDH) en supuestos excepcionales o de suma gravedad o serio compromiso de orden público» (AAP B 9636/2021 - ECLI:ES:APB:2021:9636A).

información sobre los hechos con trascendencia social, pueden los ciudadanos ejercer tanto la facultad de control sobre los gestores públicos como el derecho al voto»⁵⁸.

Las consideraciones mencionadas nos llevan a concluir que el derecho a la libertad de información requiere, para ser protegido, que las noticias publicadas tengan algún tipo de utilidad que contribuya al buen funcionamiento de la sociedad y al ejercicio adecuado de la ciudadanía por los individuos particulares. Se trata ésta de una idea que se enmarca en el tradicional debate sostenido sobre el fundamento de la protección ofrecida a este derecho, principalmente en el ámbito norteamericano y con relación a la primera Enmienda. Así, se han planteado teorías que abogan por permitir una libertad de expresión absoluta, en un «mercado de ideas» en el que sea el propio ciudadano quien compare la información recibida para llegar a sus propias conclusiones. Frente a ello surgen voces discrepantes, partidarias de limitar la libertad de expresión cuando el contenido de la información o de la opinión no sirva para resolver los problemas que afectan a la comunidad social. Lo cual nos conduce a pensar que «el derecho a la libertad de expresión ofrece diferentes tipos de protección según la clase de expresión que se exteriorice»⁵⁹. Esta es la línea a seguir, ya que-en mi opinión- no es posible desligar el contenido del proceso penal que se esté desarrollando, y por tanto el contenido de la información publicada, de la eventual protección que se pueda ofrecer al periodista en la aplicación del secreto profesional. Sólo en el caso de que tal contenido presente interés público en el sentido mencionado, será posible argumentar en favor del derecho a la libertad de información y a no revelar las fuentes empleadas. En el resto de casos, no existirá una base razonable para evitar el funcionamiento ordinario de la declaración testifical del periodista o de cualquier otra medida de investigación que se pueda aplicar sobre el mismo.

El criterio de interés público como pauta para medir la legitimidad de la información publicada y el merecimiento de una protección reforzada en lo que respecta a la confidencialidad de las fuentes, no resultará sencillo de aplicar, debido a la existencia de espacios dudosos, en los que la pauta deberá ser establecida por los tribunales de justicia, caso por caso. Tal y como reconoce POSETTI, «la idea de aplicar un "test de interés público" para medir la validez de una actuación periodística en lo que respecta a la protección de las fuentes es compleja». Sobre todo porque

⁵⁸ URÍAS, «De qué diantres hablamos, cuando hablamos de libertad de expresión», en RÍOS VEGA /SPIGNO (dir.), *Los derechos fundamentales en el siglo XXI*, ed. Tirant lo Blanch, 2021, p. 9 y 21. Es de reseñar el desarrollo que efectúa este autor a la hora de diferenciar, dentro de la libertad de expresión en sentido general, tres elementos diferenciados: libertad de información, libertad de opinión –o libertad de expresión en sentido estricto- y libertad de creación. Véase igualmente al respecto las consideraciones efectuada por PAUNER, *Derecho de la información*, ed. Tirant lo Blanch, 2014, p. 22.

⁵⁹ SABA, *Libertad de expresión: un ideal en disputa. Estudio preliminar*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2020. Sobre las diferentes posiciones adoptadas para determinar el ámbito de protección ofrecido por el derecho a la libertad de expresión y de información, en el ámbito de la primera emnienda estadounidense, puede consultarse el contenido de las obras de MEIKLEJOHN (*Free Speech and its relation to self-govenment*, Harper-Brothers publishers, New York, 1948), KAUPER («Meiklejohn: political freedom», *Michigan Law Review*, Vol. 58, núm. 4, 1960, pp. 619-628), CARROL («The violence of free speech and press metaphors», *Washington and Lee Law Review*, vol. 81, núm. 1, 2024, pp. 87-168) o CALVERT («Meiklejohn, Monica & Mutilation of the thinking process», *Pepperdine Law Review*, vol. 26, núm. 1, 1998, pp. 37-59). Véase igualmente, por su interés, MARCIANI BURGOS («La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos», *Pensamiento Constitucional* Vol. 11, núm. 11, 2005, pp. 352-378), SÁNCHEZ GONZÁLEZ («Sobre la libertad de expresión en el mundo anglosajón», *Revista de Administración Pública* núm. 27, Enero-abril 1992, pp. 45-83) o POST (*El Estado frente a la libertad de expresión*, ed. Colección de Ciencias Jurídicas. Yale Law School-Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, 2011).

una prueba de interés público presenta un peligro potencial, especialmente cuando el elemento de interés público no está claro, y cuando los jueces podrían utilizar una interpretación restrictiva del "periodismo de interés público" para exigir la revelación de fuentes mientras intentan navegar en el espacio intermedio que existe entre las fuentes confidenciales sobre los chismes de los famosos y la revelación de una corrupción gubernamental». Sobre esta idea, es interesante comprobar cómo los propios periodistas son partidarios de establecer límites en la protección de las fuentes - y del derecho a la información- en atención al interés público de la noticia. Así, y según recoge POSETTI, un ex redactor jefe de The Guardian sostiene que algunos actos periodísticos no deberían gozar del privilegio de la protección de la fuente. «Si todo lo que están haciendo -se pregunta- es recoger la información sobre la vida sexual de los futbolistas, ¿por qué debería haber protección para eso?», pregunta⁶⁰.

En conclusión, para poder contar con una protección constitucional que se proyecte a la confidencialidad de las fuentes, la información judicial publicada debe tener un interés público que sirva para formar de manera trascendente la opinión del ciudadano. Fuera de estos casos, no existirá protección que valga, excluyéndose con claridad aquellos supuestos en los que se publican noticias en asuntos no trascendentes cuyo conocimiento responda a razones de morbo o espectáculo. Ahora bien, sentada esta base, deberíamos preguntarnos hasta qué punto un conocimiento como el mencionado -de interés público, trascendente en la formación de una opinión ciudadana de utilidad social- puede proporcionarse con garantías en la primera fase del proceso penal, cuyo objetivo último no es otro que proporcionar de manera provisional elementos suficientes para formular la acusación y plantear la defensa. Sobre esta cuestión, autores como GÓMEZ-REINO Y CARNOTTA plantean la posibilidad de ofrecer una respuesta diferente en función de la fase del proceso en la que nos encontremos. Así, sostiene que «la ponderación y eventual sacrificio de unos y otros derechos debe ser distinta según la fase del procedimiento penal. En fase sumarial o instructora, el conflicto es menor, pudiendo prevalecer, normalmente, el secreto profesional sobre el interés de la justicia. En cambio, en la oral o plenaria, la presunción de inocencia y el derecho de defensa (art. 24 2 CE), exigen en favor del inculcado el máximo de pruebas posibles (el artículo 24 reconoce también el derecho a utilizar los medios de prueba pertinente para su defensa) y, en consecuencia, puede existir en determinados casos, un interés mayor en la revelación de las fuentes de información»⁶¹. Esta interpretación, basada en consideraciones finalistas de utilidad probatoria, no es compartida por SAN MIGUEL, quien considera que «que se apreciará un mayor grado de intensidad en la fase de instrucción que en la fase de juicio», y ello por tres razones fundamentales: «en primer lugar, al encontrarse la investigación bajo secreto sumarial, todas aquellas informaciones que contengan datos de carácter reservado incurrirán en los delitos descritos con anterioridad. En segundo lugar, la difusión de esa información puede influir, de forma negativa, en el curso de la investigación judicial y afectar al normal desarrollo del proceso. En tercer lugar, la publicación de información reservada originará, desde la perspectiva que nos ocupa, un proceso paralelo que supondrá una merma en las garantías procesales del sujeto, por lo que, la ponderación de ambos derechos fundamentales cobrará mayor virtualidad en la fase inicial por el carácter secreto de sus actuaciones»⁶². Estas razones, que comparto, deben complementarse con un

⁶⁰ POSETTI, *Protecting Journalism Sources in the digital age*, UNESCO Series of Internet Freedom, 2017, p. 123.

⁶¹ GÓMEZ-REINO Y CARNOTTA, Enrique, «El secreto profesional de los periodistas», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, Enero-Diciembre 1983, pp. 628-629.

⁶² SAN MIGUEL CASO, *De los juicios paralelos en la Sociedad Global de la Información, Problemas y soluciones*, 2023, p. 136.

cuarto argumento relacionado con la propia naturaleza de la fase de instrucción procesal. Planteada como base del derecho a la información la existencia de un interés público en que los ciudadanos adquirieran un conocimiento de utilidad social –de utilidad en el desarrollo social y comunitario–, tal interés no puede verse satisfecho de manera adecuada cuando la publicación se refiere al contenido de la fase de instrucción procesal. Se trata de actuaciones que anteceden al juicio oral, encaminadas a la averiguación del delito e identificación del delincuente, que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, y «cuya finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos, sino la de preparar el juicio oral proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa» (STC 141/2001, de 18 de junio). Actuaciones que presentan un grado de provisionalidad que en ningún caso pueden servir para formar la opinión de los ciudadanos en torno a supuestos específicos y que, por tanto, no presentarán el interés público requerido para legitimar, justificar y admitir su publicación a través de los medios de comunicación. La filtración de información perteneciente a la fase de instrucción del proceso penal no contribuye, aun siendo cierta, a la generación de un conocimiento fiable sobre los hechos y la valoración que se pueda hacer sobre ellos en sede judicial. Investigados que pueden ser absueltos, documentos cuya apreciación adquiere un sentido diferente en la sentencia que se dicte, declaraciones cuya fiabilidad se ve disminuida cuando son sometidas a contradicción en juicio o, en último término, determinación de la verdad judicial por el órgano que emite la sentencia definitiva, son elementos que han de tenerse en cuenta para considerar que cualquier información que se publique en sede de instrucción no es merecedora de la protección que el interés público proporciona a la libertad de prensa, y por extensión, a la confidencialidad de las fuentes.

4. Conclusiones

Las filtraciones que se producen en el marco de una investigación penal determinan la publicación de información judicial reservada en los medios de comunicación prácticamente de una manera simultánea a las medidas adoptadas. A menudo, el contenido de las diligencias de investigación practicadas o elementos confidenciales que se insertan en el desarrollo de la fase de instrucción son publicadas en la prensa, generándose con ello un perjuicio relevante en lo que respecta a la investigación en curso y a los derechos fundamentales de los sujetos investigados. Frente a ello, dado que la propia filtración constituye un delito tipificado en el Código Penal a través de las diferentes figuras relacionadas con la revelación de secretos, cabe iniciar un proceso penal con el fin de identificar a los sujetos autores de la misma; actuación judicial en la que resultará difícil obtener evidencias probatorias y en la que las diligencias practicadas sobre los periodistas o medios que comunican que publican la noticia presentará un carácter relevante. El principal obstáculo vendrá determinado por el reconocimiento del derecho a no revelar las fuentes de información, situado por el artículo 20 de la Constitución en el marco del derecho a la libertad de información. Se trata de un derecho no regulado de manera específica -a pesar de la exigencia recogida en el propio texto constitucional- que es objeto de un desarrollo jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional así como por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tanto uno como otro toman como base la Convención Europea de derechos humanos, en la que el reconocimiento explícito del derecho a la libertad de información se ve acompañado por un reconocimiento igualmente explícito en torno a la posibilidad de someter su ejercicio «a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática» para salvaguardar determinados intereses jurídicos, entre los que se encuentra la prevención del delito o la necesidad de impedir la divulgación de informaciones confidenciales.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya doctrina es asumida por el Tribunal Constitucional, se ha pronunciado sobre tales limitaciones, desarrollando una jurisprudencia consolidada de naturaleza restrictiva en la que se subraya la necesidad de respetar, en la adopción de eventuales medidas de investigación, los principios de legalidad, necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad, rectificando en numerosas ocasiones la admisión de medidas por parte de los tribunales nacionales y concediendo un escaso margen de maniobra en la investigación penal sobre las filtraciones producidas. Todo ello determina que resulte notoriamente difícil obtener resultados y establecer responsabilidades penales para quien, vulnerando la legalidad, traslada información reservada a los medios de comunicación.

Así las cosas, y al margen de propuestas normativas internas que no han llegado a ver la luz, en 2024 se aprueba un Reglamento Europeo en el que se recoge expresamente la posibilidad de limitar el derecho a no revelar las fuentes de información a través de una enumeración explícita de medidas, entre las que se incluye la posibilidad de obligar al periodista o medio de comunicación a revelar las fuentes empleadas, así como a interceptar, inspeccionar, vigilar o detener al periodista, añadiendo a ello la posibilidad de instalar programas informáticos de vigilancia intrusiva con el fin de obtener información relacionada con fuentes periodísticas o comunicaciones confidenciales. Esto es, en un precepto -artículo 4- referido a los derechos de los prestadores de servicios de medios de comunicación, en el que se reconoce que tales derechos no presentan un carácter absoluto y se establece de manera expresa la posibilidad de establecer medidas de investigación que limiten su contenido. Se trata de una novedad relevante, por cuanto supone un reconocimiento explícito y detallado de medidas específicas que limitan derechos fundamentales con el objetivo de descubrir la fuente que posibilita la publicación de la información. Y junto a ello, por cuanto describe de la misma manera las condiciones en las que deben ser adoptadas.

Ahora bien, con relación a ello es preciso tener en cuenta una serie de cuestiones. En primer lugar, que el Reglamento incluye previsiones cuya admisión resulta cuando menos cuestionable, si no rechazable. Así, contempla en primer término la opción de detener a un periodista con el objetivo de obtener información sobre la fuente. Junto a ello, en segundo término, recoge igualmente la opción de instalar programas informáticos de vigilancia intrusiva en dispositivos utilizados por el periodista cuando la investigación penal tenga por objetivo determinados delitos (enumerados en el artículo 2.2 de la Decisión Marco que regula la orden de detención europea) que sean punibles en el Estado miembro de que se trate con una pena o medida de seguridad privativas de libertad de una duración máxima de al menos tres años; o –en segundo lugar– de «otros delitos graves punibles en el Estado miembro de que se trate con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad con una duración máxima de al menos cinco años, según determine el Derecho de dicho Estado miembro». La enumeración de delitos establecida, entre los que no cabe incluir la revelación de secretos, y el hecho de que el Reglamento limite tal posibilidad a un ámbito de especial gravedad delictual, llevan a la conclusión de que no será posible utilizar esta medida intrusiva en la investigación de filtraciones judiciales. De la misma manera, en el ámbito de la legislación interna, tampoco será posible la instalación de un software que permita el examen remoto y telemático de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático o instrumento de almacenamiento masivo de datos con el fin de identificar a la fuente periodística al amparo del artículo 588 septies de la LECRim. aun a pesar de que este precepto lo permite en delitos «cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier

tecnología de la información o la telecomunicación», si tenemos en cuenta que el principio de proporcionalidad aconseja excluir de su ámbito de aplicación la criminalidad de menor gravedad.

En segundo lugar es preciso tener en cuenta que el Reglamento no aporta elementos específicos que sirvan para complementar, aclarar y concretar la aplicación del principio de proporcionalidad en la adopción de medidas que restrinjan el derecho a la confidencialidad de las fuentes. Lo cual nos llevará de nuevo a la interpretación que la jurisprudencia del TEDH y TC vienen aplicando con relación al artículo 10 de la Convenio Europeo de Derechos Humanos, excluyente en la mayoría de los casos de cualquier diligencia que sirva en la investigación de las filtraciones judiciales. Si queremos evitar que las previsiones normativas queden en papel mojado, y posibilitar la práctica de las medidas mencionadas, deberemos remontarnos al análisis sobre el bien jurídico protegido por el derecho a la libertad de información y determinar si todo contenido expresado por los medios de comunicación es susceptible de amparo jurídico. Para poder contar con una protección constitucional que se proyecte a la confidencialidad de las fuentes, la información publicada debe tener un interés público que sirva para formar de manera trascendente la opinión del ciudadano. Fuera de estos casos, no habrá protección que valga. Junto a ello, debemos dejar sentado que el conocimiento proporcionado no tendrá solvencia y fiabilidad cuando proceda de la fase de instrucción, ya que el objetivo de la misma no es la fijación definitiva de los hechos, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando los elementos necesarios para la acusación y la defensa. Todo ello nos conduzca a considerar que la protección del derecho a la información, y de la confidencialidad de las fuentes, no será aplicable en aquellos casos en los que un órgano judicial investigue las filtraciones producidas en la investigación criminal con el fin de determinar la responsabilidad penal de la fuente. Y que por ello será posible desarrollar de manera ordinaria, y sin cortapisas, las diligencias previstas en la LECRim. al efecto.

5. Bibliografía

- ABAD ALCALÁ, Leopoldo. «Sobre la regulación del secreto profesional de los periodistas», *Cuadernos de Periodistas*, número 44, 2022, pp. 79-92.
- ASENCIO MELLADO, Jose María. «La infracción del derecho al honor por los medios de comunicación información ilícita alguna, vulneradora de derechos de terceros y que se avale o legalice por la vigencia exclusiva y preferente de un derecho frente a otros también fundamentales», en GÓMEZ COLOMER (dir.) *Tratados sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, ed. Tirant lo Blanch, 2019, p. 473 ss.
- AZURMENDI, Ana. «Corte Europea de Derechos Humanos. Valor de sus sentencias», en Villanueva, Ernesto/ González, Hilda Nucci (coord.), *Diccionario Enciclopédico de Derecho de la Información*, Tomo I, Ius Literatus, México, 2019, pp. 297-304.
- AZURMENDI, Ana. «Derecho a la información y administración de Justicia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 75, septiembre-diciembre 2005, pp. 135-178.
- AZURMENDI, Ana. «Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1959-1999): cuarenta años de jurisprudencia sobre el derecho a la información», *Comunicación y Sociedad*, vol. XIII, núm. 1, 2000, pp. 7-36.
- BACHMAIER WINTER, Lorena. «Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015», *Boletín del Ministerio de Justicia* núm. 2195, Enero de 2017, p. 3 ss.

- BARRERO ORTEGA, Abraham. *Juicios por la prensa y ordenamiento constitucional*, ed. Tirant lo Blanch, 2010.
- CARROL, Erin C. «The violence of free speech and press metaphors», *Washington and Lee Law Review*, vol. 81, núm. 1, 2024, pp. 87-168.
- CEBRIÁN, Juan Luis. *El secreto profesional de los periodistas*, Madrid, ed. Centro de Estudios constitucionales, 1988.
- CALVERT, Clay. «Meiklejohn, Monica & Mutilation of the thinking process», *Pepperdine Law Review*, vol. 26, núm. 1, 1998, pp. 37-59.
- DE CARRERAS SERRA, Lluís. *Las normas jurídicas de los periodistas. Derecho español de la información*, ed. Uoc, 2008, p. 336).
- DENIS, Löic. «La protection des sources journalistiques», *Revue Juridique de l'Ouest* 2003/3, pp. 255-282.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso. *El secreto profesional de los informadores*, ed. Tecnos, madrid, 1990.
- FRANCILLON, Jacques. *Liberté d'expression. Protection des sources des journalistes*, DALLOZ, 2014.
- GARCÍA-ROMERO, Beatriz. *Del Whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, ed. Tirant lo Blanch, 2020.
- GIL GONZÁLEZ, Juan Carlos/CONTRERAS, Fernando R.. *Ética y deontología en el periodismo contemporáneo*, ed. Tirant lo Blanch, 2022.
- GÓMEZ-COLOMER, Juan Luis. *La contracción del Derecho Procesal Penal*, ed. Tirant lo Blanch, 2020.
- GÓMEZ-REINO Y CARNOTTA, Enrique. «El secreto profesional de los periodistas», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, Enero-Diciembre 1983, p. 611 ss.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia. «El uso de las nuevas tecnologías en la investigación de delitos de terrorismo», en ALONSO/CUERDA/FERNÁNDEZ (dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, ed. Tirant lo Blanch, 2018, pp. 543 ss.
- HERNÁNDEZ OROZCO, Horacio Armando/SANTOYO CASTRO, E. Alejandro. *Deontología jurídica del periodismo. Ética y responsabilidad legal*, ed. Tirant lo Blanch, 2011.
- ESPÍN, Eduardo. «Los derechos de libertad (II). Libertades de expresión e información», en *Derecho Constitucional, volumen I*, ed. Tirant lo Blanch, 9ª edición, 2013, p. 255 ss.
- KAUPER, Paul. «Meiklejohn: political freedom», *Michigan Law Review*, Vol. 58, núm. 4, 1960, pp. 619-628.
- LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada. «El derecho a la protección del entorno virtual y sus límites: el registro de los sistemas informáticos», en DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel/ LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada (dir.), *La nueva reforma procesal penal. Derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas*, ed. Tirant lo Blanch, 2018, p. 135 ss.
- MARCIANI BURGOS, Betzabé. «La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos», *Pensamiento Constitucional Vol. 11, núm. 11*, 2005, pp. 352-378.
- MEIKLEJOHN, Alexander. *Free Speech and its relation to self-govenment*, Harper-Brothers publishers, New York, 1948.
- NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal III. Proceso penal*, ed. Tirant lo Blanch, 2019.
- OCÁRIZ, Matías. «Los límites para el análisis de información contenida en dispositivos de almacenamiento digital en las investigaciones penales. La aplicación de la *plain view doctrine*. El privilegio defensivo y el secreto profesional», en DUPUY, Daniela, *Tratado internacional sobre procedimiento criminal, transnacional y digital*, ed. Tirant lo Blanch, 2025, p. 299 ss.
- ORTEGA GUTIÉRREZ, David. *El derecho a la comunicación. Un análisis jurídico-periodístico*, ed. Universitaria Ramón Areces/Universidad Rey Juan Carlos, 2017.
- OVEJERO PUENTE, Ana M.^a. «La presunción de inocencia», en BUSTOS/FERNÁNDEZ DE FRUTOS/FOSSAS (dir.) *La protección jurisdiccional de los derechos*, ed. Tirant lo Blanch, 2015, p. 449 ss.
- PAUNER CHUVI, Cristina. *Derecho de la información*, ed. Tirant lo Blanch, 2014.

- PAUNER CHUVI, Cristina. «La protección de las fuentes periodísticas en la era digital y el impulso regulatorio de la Unión Europea», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 54, 2024, pp. 189-216.
- POSETTI, Julia. *Protecting Journalism Sources in the digital age*, UNESCO Series of Internet Freedom, 2017.
- POST, Robert C. *El Estado frente a la libertad de expresión*, ed. Colección de Ciencias Jurídicas. Yale Law School-Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, 2011.
- PRAT WESTERLINDH, Carlos. *Relaciones entre el Poder Judicial y los medios de comunicación. Los juicios paralelos*, ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- RIAÑO BRUN, Iñaki. «Los derechos del investigado frente al principio de publicidad y el derecho a la información», en RICHARD/RIAÑO *Derechos y defensas del investigado en el proceso penal*, 2022, Ed. Aranzadi.
- RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*, ed. La Ley. Wolters Kluwer, 2017.
- RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. «El examen de testigos y peritos en el Anteproyecto de LECrim. de 2020, en *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020* JIMÉNEZ CONDE, Fernando/FUENTES SORIANO, Olga (dir.), ed. Tirant lo Blanch/Fundación Manuel Serra Domínguez/Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, 2022, p. 679 ss.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás. «Los whistleblowers y su protección legal en Portugal: del *Law in books* al *Law in action* a partir de la Ley 93/2021, *Revista de la Asociación de profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas* n.º 10, ed. Tirant lo Blanch, 2024, p. 123 ss.
- SABA, Roberto. *Libertad de expresión: un ideal en disputa. Estudio preliminar*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2020.
- SAN MIGUEL CASO, Cristina. *Los juicios paralelos en la Sociedad Global de la Información, Problemas y soluciones. Capítulo III. Del principio de publicidad procesal al principio de publicación del proceso*, ed. Tirant lo Blanch, 2023.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. «Sobre la libertad de expresión en el mundo anglosajón», *Revista de Administración Pública* núm. 27, Enero-abril 1992, pp- 45-83.
- SERRANO MAÍLLO, Isabel. «Libertad de expresión y derecho a la información», en *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales -coord. Sánchez González, Santiago-*, ed. Tirant lo Blanch, 2015, p. 273 ss.
- URÍAS, Joaquín. «De qué diantres hablamos, cuando hablamos de libertad de expresión», en RÍOS VEGA, Luis Efrén/SPIGNO, Irene (dir.), *Los derechos fundamentales en el siglo XXI*, ed. Tirant lo Blanch, 2021, p. 3 ss.
- VELASCO NUÑEZ/ SANCHÍS CRESPO. *Delincuencia informática. Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*, ed. Tirant lo Blanch, 2019
- VILLANUEVA, Ernesto. *Derecho comparado de la información*, ed. Universidad iberoamericana/fundación konrad adenauer, México, 2002.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. *Las libertades de opinión y de información*, ed. Andrés Bello, Santiago de Chile, 1992.

Video-recorded interview y prerecorded cross-examination como medidas especiales de protección de los testigos vulnerables víctimas de delitos sexuales en Inglaterra y Gales:

Análisis del sistema anglosajón y propuestas de mejora para España

Sumario

-

El objeto del presente estudio es analizar las medidas especiales disponibles en el ordenamiento jurídico inglés, a través de la Youth Justice Criminal Evidence Act, para los testigos vulnerables e intimidados víctimas de delitos sexuales en aras de garantizar su protección durante el desarrollo del proceso penal. De ellas prestaremos especial atención, en primer lugar, a la video-recorded interview (evidence-in-chief), que tiene lugar durante la investigación del delito por parte de la policía y, en segundo lugar, a la prerecorded cross examination, que se realiza de manera previa al juicio. Una vez analizadas ambas medidas, destacaremos la figura de la Lighthouse, que introduce en Londres del modelo Barnahus, y la aplicación de las medidas especiales analizadas en este contexto. Conseguido este hito, estaremos en condiciones de realizar un análisis comparativo de estas medidas con las del ordenamiento jurídico español, y muy especialmente con la prueba preconstituida regulada en los arts. 449 bis y ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para, en última instancia, exponer las lecciones que podemos aprender en España de la experiencia inglesa.

Abstract

-

The aim of this paper is to analyze the special measures available in English law, through the Youth Justice Criminal Evidence Act, for vulnerable and intimidated witnesses who are victims of sexual offenses, in order to ensure their protection during the criminal proceedings. We will pay special attention, first, to the video-recorded interview (evidence-in-chief), which takes place during the police investigation of the crime, and second, to the prerecorded cross-examination, which is conducted prior to trial. Having analyzed both measures, we will highlight the Lighthouse, which introduced the Barnahus model in London, and the application of the special measures analyzed in this context. Having achieved this milestone, we will be in a position to conduct a comparative analysis of these measures with those of the Spanish legal system, and especially with the pre-constituted evidence regulated in arts. 449 bis and ter of the Criminal Procedure Act to, ultimately, outline the lessons we can learn in Spain from the English experience.

Title: *Video-recorded interview and prerecorded cross-examination as special protection measures for vulnerable witnesses who are victims of sexual offenses in England and Wales: Analysis of the Anglo-Saxon system and proposals for improvement in Spain*

-

Palabras clave: *proceso penal, menores, prueba, entrevista grabada en video (prueba principal), contrainterrogatorio pregrabado, obtención de la mejor prueba, abuso sexual infantil, Inglaterra y Gales*

Keywords: *criminal process, minors, evidence, video-recorded interview (evidence-in-chief), prerecorded cross-examination, achieving best evidence, child sexual abuse, England and Wales*

-

DOI: 10.31009/InDret.2025.i3.16

3.2025

Recepción
25/3/2025

Aceptación
2/5/2025

Índice

1. Introducción

2. Medidas especiales disponibles en la Youth Justice and Criminal Evidence

Act

- 2.1. Regulación y objeto
- 2.2. Tipología y ámbito de aplicación
- 2.3. Testigos vulnerables e intimidados
 - a. Testigos menores de edad
 - a.1. ¿Qué sucede si un menor cumple 18 años durante la pendencia del proceso?
 - a.2. ¿A partir de qué edad puede tomarse declaración a un menor?

3. Análisis de dos medidas especiales concretas

3.1. Video recorded interview (evidence in chief)

- a. Regulación y objeto
- b. Orden de medidas especiales y consentimiento del testigo
- c. Competencia para realizar la entrevista
 - c.1. Los entrevistadores
 - c.2. Otros posibles intervinientes
- d. Desarrollo de la entrevista
 - d.1. Lugar
 - d.2. Momento y duración
 - d.3. Fases y contenido

3.2. Preparación para comparecer ante el tribunal

3.3. Video recorded cross-examination

- a. Regulación y ámbito de aplicación
- b. Objeto
- c. ¿Cómo se acuerda?
- d. ¿Cómo se desarrolla?
 - d.1. Momento, lugar e intervinientes
 - d.2. El contrainterrogatorio
- e. La reproducción en el juicio de las medidas previstas en las secciones 27 y 28 YJCEA
- f. Experiencia práctica de su aplicación

4. El modelo Barnahus en el sistema inglés: The Lighthouse

5. A modo de conclusión: lecciones a aprender en España de la experiencia inglesa ¿o no?

6. Bibliografía

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

1. Introducción*

La violencia sexual infantil entendida como aquella en la que existe «una relación desigual de poder, que implica a un niño, niña o adolescente como víctima y a una persona adulta o coetánea como agresora, que afecta, especialmente, el derecho a decidir sobre su cuerpo y sexualidad, el derecho a que sea respetada la privacidad e intimidad y el derecho a vivir libre de violencias»¹ es, lamentablemente, una lacra social, de salud y de violación de los derechos de la niñez reconocida a nivel global.

En el ámbito internacional, datos de 2024 demuestran que más de 370 millones de personas en todo el mundo se ven sometidas a violaciones y abusos sexuales en la infancia, lo que tiene como consecuencia una alarmante incidencia y unos efectos devastadores sobre este colectivo tan vulnerable². Por su parte, a nivel europeo, el Consejo de Europa estima que uno de cada cinco niños es víctima de alguna forma de violencia sexual³.

Las cifras que acabamos de señalar a nivel internacional y europeo se ven reflejadas también a nivel local⁴. Además, en atención al objeto de este trabajo nos interesa destacar la realidad británica⁵, respecto de la que los más recientes estudios revelan que en Reino Unido la policía

* Este trabajo es el resultado de las estancias de investigación realizadas en la *Faculty of Law* de la *Oxford University* durante los meses de julio a septiembre de 2024, bajo la supervisión del prof. Andrew Higgins; y en el Departament de Dret de la Universitat Pompeu Fabra durante los meses de octubre de 2024 a febrero de 2025, bajo la supervisión del prof. Joan Picó i Junoy; a quienes, en estas líneas, agradezco su dedicación y acogimiento en sus instituciones.

Este trabajo se enmarca en los Proyectos de I+D+I del Plan Estatal de Investigación Científica del Ministerio de Ciencia e Innovación del periodo 2021-2025: «Nuevos retos de género del derecho probatorio» (PID2020-115304GB-C22); y «Nuevos retos tecnológicos del derecho probatorio» (PID2020-115304GB-C21), financiados por MCIN/AEI/10.13039/501100011033. Asimismo, forma parte del Proyecto Europeo: *Impact of the Barnahus model on protecting the rights of children victims of sexual abuse in the criminal justice system*, financiado por la OAK Foundation; y del Grup de Recerca Consolidat, Reconegut i Finançat de la Generalitat de Catalunya «Retos del Derecho Procesal (ReDePro)» (2021 SGR 00991).

¹ Definición realizada por UNICEF Prevención del abuso sexual infantil | UNICEF, consultado el 20 de diciembre de 2024. En la misma línea, véase la definición del Consejo de Europa, en el Convenio de Lanzarote, *violencia sexual contra los niños y las niñas*.pdf, consultado el 19 de diciembre de 2024.

² Según un estudio realizado por UNICEF publicado en octubre de 2024: Más de 370 millones de niñas y mujeres en todo el mundo se ven sometidas a violaciones y abusos sexuales en la infancia, consultado el 19 de diciembre de 2024.

³ Campaña «One in Five» («Uno/a de cada cinco») (*The Underwear Rule - Children's Rights*). Bruselas, 24.7.2020 COM (2020) 607 final Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones Estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores. Disponible en: eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0607, consultado el 19 de diciembre de 2024.

⁴ En España cada año estas cifras son más elevadas, y así lo destaca la prensa: Aumentan los casos de violencia sexual en España: 21.825 delitos en 2023, un 42% a menores. Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2024. La diferencia con los datos registrados el año anterior es bastante significativa, ya que como indica *Save the Children*, en 2022 se interpusieron en España 18.731 denuncias por violencia sexual, de las que casi la mitad (un 45%) tenía como víctima a una persona menor de 18 años. A lo anterior debemos añadir que, según datos publicados por *Save the Children*: En 8 de cada 10 casos de agresiones sexuales en la infancia la víctima es una niña o una adolescente | *Save the Children*. Fecha de consulta: 30 de noviembre de 2024. Este aumento se traduce en 3.094 casos más en un año.

⁵ Vid. Sexual abuse | NSPCC, consultado el 19 de diciembre de 2024. La NSPCC (*National Society for the Prevention of Cruelty to Children*), que es una organización benéfica británica de protección infantil, entiende que *child sexual abuse* es «cuando un niño o un joven es abusado sexualmente, se lo obliga, engaña o manipula para que participe en actividades sexuales. Es posible que no comprenda que lo que está sucediendo es un abuso o que está mal que

registró casi 87.000 delitos sexuales contra niños durante los años 2022 a 2023⁶, siendo ésta una de las cifras más altas registradas.

Partiendo de esta problemática social generalizada, los poderes públicos tienen la obligación de actuar para proteger a los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual, en particular, y de cualquier tipo de violencia, en general, para evitar el daño y, en su caso, una vez producido, que tengan que seguir sufriendo para obtener una respuesta por parte de la Administración de Justicia.

Siendo conscientes de la vulnerabilidad en estos casos, en Inglaterra y Gales, para mejorar el paso de los menores por el proceso penal, se han realizado una serie de reformas en esta línea, sugeridas inicialmente por *The Pigot Committee (Pigot Report 1989)*⁷, quien ya en aquel momento evaluó la posibilidad de grabar tanto la declaración inicial de los niños para su validez como prueba principal como el contrainterrogatorio, de modo que su participación como testigos pudiera completarse antes del juicio propiamente dicho. Aunque como veremos, su total implementación se ha efectuado recientemente⁸.

En la actualidad, en el sistema penal inglés, los menores víctimas de violencia sexual, o de cualquier otro tipo de violencia, deben, en primer lugar, prestar declaración ante la policía en el marco de la entrevista forense para lograr la mejor prueba (*achieving best evidence*). A tal fin, esta declaración es grabada con el objetivo de que sirva como prueba principal del testigo (*evidence in chief*) si resultan suficientes indicios de criminalidad. A pesar de ello, en segundo lugar, estos testigos deberán presentarse ante el tribunal meses o años después de sus declaraciones iniciales para someterse al contrainterrogatorio (*cross-examination*), incluso cuando las grabaciones de sus entrevistas hubieran sido admitidas como prueba principal. Si bien, como tendremos la oportunidad de analizar, el contrainterrogatorio, en estos casos, es pregrabado en fecha anterior al juicio.

Con este telón de fondo, el objeto del presente estudio es, en primer lugar, analizar las medidas especiales que para estos casos la regulación inglesa dispone en la *Youth Justice Criminal Evidence Act 1999*⁹ (YJCEA) en atención a los testigos vulnerables e intimidados víctimas de delitos

el abusador le haga esto. Es posible que tenga miedo de contárselo a alguien o se comporte como si fuera algo normal para él, pero ambas cosas son válidas para que el niño las muestre. El abuso sexual puede ocurrir en cualquier lugar, en persona o en línea».

⁶ Datos publicados por la NSPCC en fecha 10 de enero de 2024: Almost 87,000 sexual offences against children were recorded by police in the past year | NSPCC, consultado el 19 de diciembre de 2024. Asimismo, lo reconoce la última encuesta *The Crime Survey for England and Wales (CSEW)*, realizada sobre *Child sexual abuse in England and Wales (2019) Office of National Statistics*, Child sexual abuse in England and Wales - Office for National Statistics, consultada el 6 de noviembre de 2024.

⁷ PIGOT (Home Office, 1989), *Report of the advisory group on video-recorded evidence*, United Kingdom. Deposited paper Dep 5518 - Deposited papers - UK Parliament, consultado el 5 de noviembre de 2024. En relación con ello véase BRICH/LENG, *Blackstone's Guide to the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*, Blackstone Press Limited, 2001, pp. 70-71.

⁸ Sobre ello, véase HENDERSON, «An Evaluation of English Crown Courts with and without Special Measures Implemented in Section 28 of the Youth Justice and Criminal Evidence Act», Christ's College, University of Cambridge, 2019. Disponible en: An Evaluation of English Crown Courts with and without Special Measures Implemented in Section 28 of the Youth Justice and Criminal Evidence Act, consultado el 5 de noviembre de 2024. Asimismo fue publicado una parte de su estudio en: HENDERSON, «Pre-recording Children Testimony: effects on case progression», *Criminal Law Review*, Issue 5, 2017.

⁹ Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999, consultado el 16 de diciembre de 2024.

sexuales en aras de garantizar su protección durante el desarrollo del proceso penal¹⁰. De ellas prestaremos especial atención, en primer lugar, a la *video-recorded interview (evidence in-chief)*, prevista en la sección 27 YJCEA, la cual tiene lugar durante la investigación del delito por parte de la policía y, en segundo lugar, a la *video-recorded cross-examination*, prevista en la sección 28 YJCEA, que se realiza de manera previa al juicio (*prerecorded*). A continuación, nos fijaremos en la figura de la *Lighthouse*, que introduce en Londres el modelo Barnahus, para ver cómo se han aplicado las anteriores medidas especiales analizadas en este contexto. Todo ello con el propósito de realizar un análisis comparativo con las medidas de las que dispone el ordenamiento jurídico español, y muy especialmente con la prueba preconstituída regulada en los arts. 449 bis y ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) para, en última instancia, exponer las lecciones que podemos aprender en España de la experiencia inglesa.

2. Medidas especiales disponibles en la Youth Justice and Criminal Evidence Act

2.1. Regulación y objeto

En el ordenamiento jurídico inglés las denominadas *special measures* se encuentran reguladas en la *Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*, normativa que, necesariamente, tiene que ser complementada con las normas de procedimiento previstas en la Parte 18 de la *Criminal Procedure Rules 2020*¹¹ (CrimPR) y en las *Criminal Practice Directions 2023*¹² (CrimPD).

El objetivo principal de la introducción de estas medidas en el proceso penal anglosajón es facilitar la declaración testifical de testigos vulnerables e intimidados.

2.2. Tipología y ámbito de aplicación

Las medidas especiales que están disponibles en la YJCEA para los testigos vulnerables e intimidados, que deberán adoptarse con el acuerdo del tribunal, son las siguientes¹³:

- a) Separar al testigo del acusado para que el testigo no tenga que verlo (S. 23)¹⁴;

¹⁰ Sobre el proceso penal inglés nos remitimos a CAMPBELL/ASHWORTH/REDMAYNE, *The Criminal Process* (5ª ed.), Oxford University Press, 2018.

¹¹ The Criminal Procedure Rules 2020, consultado el 17 de enero de 2025.

¹² Criminal Practice Directions 2023, consultado el 17 de enero de 2025.

¹³ Resulta ilustrativo el cuadro resumen realizado en la *Figure 10.2. Special measures Applicable to Section 16 Vulnerable Witnesses*, realizado por ROBERTS/ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, Oxford University Press, 2022, p. 508. Asimismo, vid. GREVLING, *Blackstone's Statutes on Evidence*, Oxford University Press, 2023, pp. 118-122.

¹⁴ BRICH/LENG, *Blackstone's Guide to the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*, pp. 56-59.

- b) Prestar testimonio mediante un enlace de televisión en directo (*live link*¹⁵) (S. 24)¹⁶;
- a) Prestar testimonio en privado (S. 25)¹⁷;
- b) La eliminación de pelucas y vestidos (S. 26)¹⁸;
- c) El uso de las entrevistas grabadas en vídeo como prueba principal (S. 27); y
- d) El contrainterrogatorio grabado en vídeo (S. 28)

Además, los testigos vulnerables también tienen derecho a las siguientes medidas especiales:

- e) La comunicación a través de intermediarios (S. 29)¹⁹; y
- f) El uso de ayudas especiales para la comunicación (S. 30)²⁰.

En la actualidad, las medidas especiales que acabamos de enumerar se están aplicando en su totalidad en los procesos penales de Inglaterra y Gales²¹. Si bien, en relación con el contrainterrogatorio pregrabado, su implantación ha sido progresiva y está sujeta a ciertos matices, como tendremos ocasión de examinar en su momento.

Estas medidas pueden ser aplicables para la tipología de testigos señalados, teniendo en cuenta que cada testigo tiene diferentes necesidades. Estas necesidades específicas junto con las circunstancias del presunto delito determinarán qué medidas especiales pueden ser apropiadas en cada concreto caso. Siendo esto así, puede aplicarse más de una medida especial por testigo

¹⁵ Puede definirse el término *live link* como «enlace en directo: una de las medidas especiales que permite la YJCEA de 1999 para que los testigos elegibles puedan prestar declaración (tanto en el interrogatorio principal como en el contrainterrogatorio) mediante un enlace en directo. Según el artículo 24(8) YJCEA, “enlace en directo” significa un enlace televisivo en directo u otro mecanismo mediante el cual un testigo, mientras está ausente de la sala del tribunal o de otro lugar donde se están llevando a cabo las actuaciones, puede ver y oír a una persona que se encuentre allí, y ser visto y oído por el juez y/o los magistrados, el jurado (si lo hay), los representantes legales que actúen en las actuaciones, cualquier intérprete designado para asistir al testigo y el acusado. El enlace permite al testigo prestar declaración desde otra sala, sin comparecer en audiencia pública en presencia del acusado, el jurado y el público. El testigo se sienta frente a un monitor de televisión y puede ver los rostros de quienes le hacen preguntas. La conducta del testigo puede observarse en el tribunal y pueden hacerse todas las preguntas pertinentes, de modo que el uso del enlace en vivo no afecte al derecho a contrainterrogar. El juez o los magistrados también pueden supervisar la conducta de cualquier otra persona que esté en la sala con el testigo en el papel de apoyo». Vid. *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, p. 166. Disponible en *Achieving best evidence in criminal proceedings* - GOV.UK, consultado el 5 de noviembre de 2024.

¹⁶ BRICH/LENG, *Blackstone's Guide to the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*, Blackstone Press Limited, pp. 59-60.

¹⁷ BRICH/LENG, *Blackstone's Guide to the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*, Blackstone Press Limited, pp. 60-61. En la actualidad la aplicación de esta medida especial está sujeta a los siguientes condicionantes: se encuentra limitada a delitos sexuales; delitos contrarios a los arts. 1 y 2 de la *Modern Slavery Act* (Modern Slavery Act 2015, consultado el 7 de noviembre de 2024, referentes a: (1) esclavitud y trabajo forzoso u obligatorio, y (2) trata de personas); delitos que impliquen intimidación; y a las víctimas de delitos que hayan sido abusadas en virtud del art. 62 de la *Domestic Abuse Act 2021* (Domestic Abuse Act 2021, consultado el 16 de diciembre de 2024).

¹⁸ BRICH/LENG, *Blackstone's Guide to the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*, Blackstone Press Limited, p. 61.

¹⁹ BRICH/LENG, *Blackstone's Guide to the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*, Blackstone Press Limited, pp. 75-78.

²⁰ BRICH/LENG, *Blackstone's Guide to the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*, Blackstone Press Limited, pp. 78-79.

²¹ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, p. 14. Asimismo, véase KYNESWOOD, *Is Pre-recorded Cross-examination (YJCEA 1999, s. 28) Achieving Best Evidence in Sex Offence Cases?*, 2023, Disponible en: *Is Pre-recorded Cross-examination (YJCEA 1999, s. 28)*, consultado el 28 de noviembre de 2024.

cuando sea apropiado. Así, por ejemplo, ante un testigo que va a prestar declaración mediante enlace en vivo (*live link*) lo desea, puede utilizarse también una mampara para proteger la pantalla del enlace en vivo del acusado y del público, tal y como ocurriría si se utilizara una mampara para un testigo que presta declaración en directo en la sala del tribunal para evitar la confrontación con el acusado.

Además de las medidas especiales, la YJCEA también contiene una serie de disposiciones destinadas a permitir que los testigos vulnerables o intimidados presten su mejor testimonio, de las cuales destacamos las tres siguientes²²:

En primer lugar, se protege al testigo restringiendo la posibilidad de que sea interrogado por parte del acusado. Esta disposición prohíbe que el acusado de ciertos delitos (incluidos los delitos sexuales) interroge directamente a los denunciantes, testigos de la comisión de estos delitos, testigos menores de edad o adultos vulnerables o intimidados. Incluyéndose además los testigos que tuvieron su testimonio principal grabado en vídeo en esos casos (secciones 34 y 35);

En segundo lugar, la YJCEA establece restricciones a la presentación por parte de los medios de comunicación de información que pueda conducir a la identificación de testigos menores de edad y ciertos testigos adultos en procedimientos penales.

Y, en tercer lugar, los testigos vulnerables o intimidados también pueden recibir apoyo social (*social support*) en todas las etapas de la investigación, tales como:

- a) Durante la entrevista, por alguien independiente de la policía, que no sea parte del caso que se investiga²³;
- b) Después de la entrevista, mientras el caso está pendiente de juicio²⁴; y, por último,
- c) En el tribunal, por parte de una persona que puede ser conocida por el testigo. En este caso se denomina asistente. Debe tenerse en cuenta que, el asistente, no es parte del procedimiento, no tiene un conocimiento detallado del caso aunque puede haber asistido en la preparación del testigo para su comparecencia ante el tribunal²⁵.

De todas estas medidas prestaremos especial atención a las previstas en las secciones 27 y 28 YJCEA, las cuales se refieren al *video recorded evidence in chief* y al *video recorded cross-examination*, respectivamente.

2.3. Testigos vulnerables e intimidados

Una vez determinada la normativa aplicable, su objeto y la tipología de medidas especiales, y antes de adentrarnos en las dos medidas en las que queremos focalizar nuestra atención, es

²² *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, pp. 15-16.

²³ Que también puede ser un amigo o familiar.

²⁴ El Apéndice K establece los Estándares Nacionales para la Preparación de Testigos Jóvenes. *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, pp. 218-220.

²⁵ El Apéndice L establece las Normas nacionales para el asistente de testigos judiciales en la sala de enlace en vivo. *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, pp. 221-226.

preciso analizar el ámbito subjetivo al que pueden dirigirse las medidas seleccionadas que son, como hemos avanzado, los testigos vulnerables e intimidados²⁶.

De una parte, se consideran testigos vulnerables, en virtud de la sección 16 YJCEA, todos los menores de 18 años y cualquier testigo cuya calidad de testimonio pueda verse disminuida por diferentes factores, como: padecer un trastorno mental; tener un deterioro significativo de la inteligencia y el funcionamiento social; o tener una discapacidad física o trastorno físico.

Por su parte, los testigos intimidados, según la sección 17 YJCEA, son aquellos respecto de los que el tribunal está convencido que la calidad de su declaración puede verse disminuida por sufrir miedo o angustia por testificar en el caso²⁷. Para determinar si un testigo es intimidado, el juez debe tener en consideración: la naturaleza y las supuestas circunstancias del delito; la edad del testigo; sus circunstancias personales, sociales y laborales; o el comportamiento hacia el testigo por parte del acusado u otros (sección 17(2) YJCEA). Al margen de lo anterior, resulta interesante destacar que, en el sistema inglés, las personas denunciante en casos de delitos sexuales, de los delitos contrarios a la sección 1 o la sección 2 de la *Modern Slavery Act*²⁸, así como los delitos de violencia doméstica, con independencia de su edad, se incluyen automáticamente en esta categoría, a menos que deseen excluirse voluntariamente (sección 17 (4) y (4A) YJCEA).

Las medidas especiales están a disposición de los testigos, con las categorías que acabamos de indicar, tanto si son de la acusación como de la defensa, y de las propias víctimas, que tienen asimismo la consideración de testigo²⁹. Sin embargo, en ningún caso pueden acordarse para el acusado³⁰.

Centrándonos en nuestro objeto de estudio, a las medidas previstas en las secciones 27 y 28 YJCEA les son de aplicación las secciones 21 y 22A de la YJCEA que establecen presunciones de probabilidad que la prueba principal grabada en vídeo maximiza la calidad de la declaración de los testigos menores de edad y de los denunciante adultos de delitos sexuales. La consecuencia de ello es que a los niños y a los denunciante adultos de delitos sexuales se les debe dar directamente la oportunidad de participar en una entrevista grabada en vídeo, aunque podrían optar por una declaración escrita en su lugar, si así lo desearan³¹.

Por ello, podemos concluir que en el sistema jurídico inglés los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual que tienen que declarar en el marco de un proceso penal son susceptibles de que se les acuerde una o varias medidas especiales de la YJCEA por tener la

²⁶ Sobre el ámbito subjetivo se pronuncia CAMPBELL/ASHWORTH/REDMAYNE, *The Criminal Process* (5ª ed.), Oxford University Press, 2018, pp. 378-379. Este concepto se recoge en el *Code of Practice for Victims of Crime*, disponible en Code of Practice for Victims of Crime in England and Wales (Victims' Code) - GOV.UK, consultado el 4 de noviembre de 2024.

²⁷ Entendemos que en este punto el *Code of Practice for Victims of Crime* se está refiriendo, por ejemplo, a las víctimas de violencia de género. En esta línea se lo ha planteado CERRATO, «¿Por qué es difícil probar la violencia de género? Revisión crítica de la realidad práctica para la solución del conflicto», en *Propuestas para la protección jurídica y social de la infancia y de las mujeres víctimas de violencia de género*, Tirant lo Blanch, 2025.

²⁸ Vid. *Modern Slavery Act* 2015, consultado el 28 de enero de 2025.

²⁹ Working with victims and witnesses | College of Policing, consultado el 7 de noviembre de 2024. Se considera víctima «una persona que ha sufrido daños, incluidos daños físicos, mentales o emocionales o pérdidas económicas, que fueron causados directamente por un delito penal». Cfr. *Code of Practice for Victims of Crime in England and Wales* (Victims' Code) - GOV.UK, consultado el 17 de diciembre de 2024.

³⁰ CAMPBELL/ASHWORTH/REDMAYNE, *The Criminal Process* (5ª ed.), Oxford University Press, 2018, pp. 378-379.

³¹ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, p. 15.

condición de testigos vulnerables siendo algunas de estas medidas de aplicación directa por ser menores de edad.

a. Testigos menores de edad

Los *child witnesses*, como hemos señalado son, según la sección 16 YJCEA, los testigos menores de 18 años³². En virtud de esta norma, tanto los testigos como las víctimas menores de 18 años forman parte del colectivo de testigos vulnerables³³, por lo que merecen especial protección y se les deben ofrecer todas las medidas necesarias para facilitar su declaración.

La protección que les dispensa la YJCEA, y en concreto de las *special measures*, debe complementarse con las disposiciones de la *Criminal Practice Direction* de 2023, reguladora de una guía útil sobre cómo deben tratarse los niños, niñas y adolescentes durante su paso por el proceso penal.

En este contexto, en la aplicación de las medidas previstas en las secciones 27 y 28 a los testigos-víctimas menores de 18 años, resulta inevitable plantearnos los siguientes dos interrogantes: por un lado, ¿qué sucede si un menor cumple 18 años durante la pendencia del proceso?; y, por el otro, ¿a partir de qué edad un menor es susceptible de poder prestar declaración en el marco de un proceso penal?, que pasamos seguidamente a resolver.

a.1. ¿Qué sucede si un menor cumple 18 años durante la pendencia del proceso?

A esta pregunta da respuesta la propia sección 22 YJCEA (apartado primero, a), ii)), a través de la cual se permite ampliar el ámbito subjetivo de aplicación de la medida prevista en la sección 28 a personas que cumplen 18 años durante la pendencia del proceso, siempre y cuando se les haya pregrabado la primera entrevista, de acuerdo con lo dispuesto en la sección 27 YJCEA).

Sobre ello, traemos a colación a ROBERTS y ZUCKERMAN, quienes señalan que a pesar de que la edad límite en el momento del juicio es 18 años, también son de aplicación estas medidas a los testigos que eran menores cuando se grabó la entrevista (*evidence in chief*) potencialmente admisible y han cumplido *a posteriori*, pero antes del juicio, los 18 años. Esta excepción elimina el peligro de perder la elegibilidad de la referida sección 16 simplemente porque la fecha del juicio se retrase más allá del decimoctavo cumpleaños del testigo.

Todos los testigos menores de edad son susceptibles de que se les aplique automáticamente una *Special Measure Direction* con la presunción de que: a) darán su testimonio principal en forma de un video pregrabado (si se ha hecho uno) y b) presentarán el resto de su testimonio ya sea mediante un contrainterrogatorio y reinterrogatorio pregrabados o a través de un enlace en vivo

³² *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, p. 27.

³³ Destaca la vulnerabilidad de los niños en cuanto su paso por el proceso penal, HENDERSON, «An Evaluation of English Crown Courts with and without Special Measures Implemented in Section 28 of the Youth Justice and Criminal Evidence Act», 2019. La autora indica expresamente que «Los niños difieren de los adultos en cuanto a sus capacidades de memoria, habilidades lingüísticas y susceptibilidad a la sugestión debido a su edad. Cuando los niños se ven involucrados en el sistema legal, las demoras sistemáticas y el estrés que las acompaña reducen aún más sus capacidades de memoria y habilidades lingüísticas, y los hacen más susceptibles a la sugestión, lo que subraya la necesidad imperiosa de adaptar los procedimientos legales para acomodarlos a los niños».

(live link). Esta es la denominada regla primaria para testigos menores de edad, y su propósito es mantener a los niños fuera de la sala del tribunal tradicional tanto como sea posible³⁴. Los autores añaden que la forma en que está redactada la norma indica que si el testigo es elegible para que se le realice el interrogatorio principal pregrabado de la sección 27 se abre automáticamente la posibilidad de que se le realice el contrainterrogatorio pregrabado de conformidad con la sección 28³⁵.

a.2. ¿A partir de qué edad puede tomarse declaración a un menor?

La respuesta a esta cuestión la encontramos en la sección 53 YJCEA que señala que, en principio, «todas las personas (cualquiera que sea su edad) son competentes para prestar declaración». Sin embargo, según el apartado tercero del mismo precepto, se consideran incompetentes como testigos cuando el tribunal entienda que el testigo no puede comprender las preguntas que se le hacen o no puede dar respuestas que se entiendan. Partiendo de lo anterior, podrá tomarse declaración a los testigos menores de edad en el sí de un proceso penal inglés a partir del momento que puedan comprender las preguntas que se les planteen y dar respuestas entendibles. Si bien, es difícil fijar una edad mínima para la toma de declaración, por lo que dependerá del caso concreto y de la madurez individual de cada niño.

En esta línea, se pronuncia la sentencia de la *Court of Appeal in R v B* [2010]³⁶ que deja claro que «...aunque la edad cronológica del niño inevitablemente ayudará a informar la decisión judicial sobre la competencia, al final se trata de una decisión individual sobre el niño y su competencia para prestar declaración en el juicio en particular»³⁷.

Si finalmente el tribunal entiende que el menor de corta edad está capacitado para prestar declaración debe tenerse en cuenta que su testimonio no podrá tener la misma consideración que el de un testigo de mayor edad. Sobre ello se pronuncian RADCLIFFE y GUDJONSSON en su estudio en el que analizaron detalladamente 285 entrevistas probatorias grabadas en vídeo. En él se descubrió que la mayoría de los niños más pequeños (de 3 años y medio a 5 años) eran solo capaces de actuar como testigos de hechos básicos sobre un acontecimiento concreto y vivido personalmente. Así, más del 90 por ciento de estos niños pequeños capacitados para distinguir la verdad de la mentira, comprendían las reglas básicas de la entrevista, tenían una memoria razonable para la información personal básica y eran capaces de dar respuestas satisfactorias a preguntas generales. Lo que demuestra que a los menores de corta edad les cuesta dar detalles sobre lo ocurrido o profundizar sobre los acontecimientos vividos. A pesar de ello debe estarse al

³⁴ ROBERTS/ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, 2022, p. 507. Es preciso señalar que además estas medidas son aplicables a las personas adultas víctimas de delitos sexuales en virtud de la sec. 22A YJCEA.

³⁵ ROBERTS/ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, p. 508. A pesar de la claridad de la norma (sección 22.1.a.ii YJCEA) ello no se encuentra ajeno de discusión en la práctica forense, tal y como sucede en el caso de la sentencia de la Court of Appeal (Criminal Division): Dame Victoria Sharp P, Fraser and Hill JJ: 19 July 2022; [2022] EWCA Crim 988, disponible en AZMEH, «Commentary of Court of Appeal (Criminal Division): Dame Victoria Sharp P, Fraser and Hill JJ: 19 July 2022; [2022] EWCA Crim 988», *The Criminal Law Review*, 2023, pp. 168-171. En este supuesto la víctima tenía 16 años en el momento de la agresión sexual, pero 18 años en el momento de aplicar la medida especial de la sección 28. El tribunal entiende que no le es de aplicación la sección 28 por razón de la edad por tener más de 18 años y porqué, en su momento, no se le pregrabó la entrevista principal de la sección 27.

³⁶ EWCA Crim 4.

³⁷ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, p. 30.

caso concreto, pues es necesario considerar las características individuales del niño, como el desarrollo cognitivo y emocional, y el contexto³⁸.

3. Análisis de dos medidas especiales concretas

Como hemos avanzado, de todas las medidas especiales previstas en la YJCEA examinaremos dos detenidamente: por un lado, la *video recorded interview (evidence in chief)*; y, por el otro, la *video recorded cross examination*, por ser las medidas análogas a la prueba preconstituida que tenemos prevista en el ordenamiento jurídico español.

3.1. *Video recorded interview (evidence in chief)*

a. *Regulación y objeto*

El origen de la *video recorded interview* en Inglaterra y Gales lo encontramos en 1991, momento en el que *The Criminal Justice Act 1991*³⁹ determinó que la prueba principal de un niño podía presentarse en el juicio mediante una entrevista grabada en vídeo realizada por un agente de policía y un trabajador social, para el desarrollo de la cual debía aplicarse *The Memorandum of Good Practice on Video Recorded Interviews with Child Witnesses for Criminal Proceedings* (1992)⁴⁰, que contenía las directrices iniciales para la realización de este tipo de entrevistas. Esta guía de desarrollo se ha ido adaptando a la realidad práctica de cada momento, siendo substituida, en primer lugar, por la guía *Achieving Best Evidence* en 2002⁴¹.

Actualmente, la *video recorded interview* se encuentra regulada como medida especial en la sección 27 YJCEA y desarrollada en la guía *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Guidance on Using Special Measures* de 2022⁴². Así, siguiendo la normativa vigente en el ordenamiento jurídico inglés, durante la fase inicial de investigación de un proceso penal tienen lugar las entrevistas a los testigos (*interview of the witness*). De manera expresa, el apartado primero de esta sección señala que podrá acordarse que la grabación en vídeo de la primera declaración sea admitida como prueba principal del testigo (*evidence in chief*)⁴³.

³⁸ Sobre ello se pronuncia RADCLIFFE/GUDJONSSON, *Witness Testimony in sexual cases: evidential, investigative and scientific perspectives*, Oxford University Press, 2016, pp. 18-19.

³⁹ Criminal Justice Act 1991, consultado el 25 de enero de 2025.

⁴⁰ Vid. DAVIES/WESTCOTT, *Interviewing Child Witnesses under the Memorandum of Good Practice: A research review*, Police Research Series Paper 115, 1999. Disponible en: 040. Research Review of the Memorandum of Good Practice.pdf, consultado el 25 de enero de 2025. Asimismo, véase BRICH/LENG, *Blackstone's Guide to the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*, Blackstone Press Limited, p. 62.

⁴¹ Cfr. *Achieving Best evidence in child sexual abuse cases- a joint inspection*, 2014, Criminal Justice Joint Inspection, p. 3. Disponible en *Achieving Best Evidence in Child Sexual Abuse Cases*, consultado el 7 de noviembre de 2024.

⁴² *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022. Disponible en *Achieving best evidence in criminal proceedings - GOV.UK*, consultado el 5 de noviembre de 2024.

⁴³ Puede definirse el término *evidence in chief* como prueba principal que se trata de «la prueba que un testigo ofrece en respuesta al interrogatorio en nombre de la parte que ha presentado a la persona como testigo. Una vez que se ha completado la prueba principal, el testigo normalmente se pone a disposición para el contrainterrogatorio (*cross-examination*) por la otra parte o las partes en el procedimiento. En virtud de la YJCEA de 1999, es posible utilizar una grabación en vídeo de la entrevista inicial como prueba principal de un testigo».

Las declaraciones grabadas en vídeo realizadas en la fase inicial de investigación tienen dos propósitos principales⁴⁴: por un lado, recopilar pruebas para su uso en la investigación y en el procedimiento penal; y, por el otro, ser la prueba principal del testigo (*evidence in chief of the witness*).

b. *Orden de medidas especiales y consentimiento del testigo*

La adopción de una medida especial, como es la prevista en la sección 27 YJCEA, corresponde al órgano judicial, quien tiene la facultad de dictar una orden que exija a la policía la realización de una entrevista grabada en vídeo con el objetivo que sea admitida como prueba principal⁴⁵. Para que la orden pueda ser dictada, el tribunal debe valorar los siguientes dos requisitos: en primer lugar, si el testigo se encuentra dentro del ámbito de aplicación de las secciones 16 o 17 YJCEA; y, en segundo lugar, si la medida especial mejoraría la calidad (es decir, la integridad, coherencia y precisión) de la prueba del testigo de acuerdo con las circunstancias del caso. Si bien, como hemos indicado, a los testigos menores de edad se les debe dar automáticamente la oportunidad de participar en una entrevista grabada en vídeo⁴⁶.

Al margen de lo anterior, para que la medida pueda aplicarse, es necesario, además, que el testigo preste su consentimiento, siempre que pueda comprender las implicaciones que tiene participar en una entrevista grabada durante la fase de investigación de un proceso penal. Si la persona menor de edad no tiene suficiente capacidad para poder prestar su consentimiento será necesario que un adulto con responsabilidad parental dé su aprobación. En caso contrario, la entrevista grabada no puede realizarse, y en su lugar, debe ofrecérsele al testigo la oportunidad de hacer una declaración por escrito⁴⁷.

Con la finalidad de que el menor o el adulto responsable puedan tomar una decisión sobre la procedencia de realizar la entrevista grabada en vídeo (*evidence in chief*), es necesario que reciban la información suficiente por parte de los responsables de realizarla, información que debe formularse en un lenguaje apropiado a la edad y capacidad del menor, y que concierne a los siguientes extremos⁴⁸: la naturaleza de la prueba principal grabada en vídeo -y explicarles la diferencia entre ésta y el contrainterrogatorio (*cross-examination*) que tendrá lugar en la fase del juicio-; los beneficios y desventajas de tener o no la entrevista grabada en vídeo, incluida la imposibilidad de acceder a la medida especial del contrainterrogatorio grabado en vídeo (medida prevista en la sección 28) en ausencia de la grabación de la primera entrevista; quién puede ver la entrevista grabada en vídeo (incluido el presunto acusado tanto antes como durante el juicio);

Vid. *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, p. 164.

⁴⁴ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, p. 27.

⁴⁵ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, p. 62.

⁴⁶ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, pp. 61-62.

⁴⁷ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, pp. 30-31.

⁴⁸ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, pp. 31-32.

o la posibilidad que tiene el menor de optar por no participar en la *video recorded interview* si así lo desea. De igual modo, se les debe informar de que en el caso que el proceso penal siga su curso, pueden ser requeridos, en el momento procesal oportuno, para participar del contrainterrogatorio (*cross-examination*).

c. *Competencia para realizar la entrevista*

c.1. *Los entrevistadores*

La competencia de la investigación de un delito en Inglaterra y Gales la tiene, en primer lugar, la policía, quien se encarga de la investigación inicial y, en un momento posterior el *Crown Prosecution Service* (CPS)⁴⁹, responsable de la acusación⁵⁰.

Partiendo de esta premisa, corresponde a la policía la realización de las entrevistas o declaraciones iniciales a los testigos. Sin embargo, cuando se trata de los testigos menores de edad está presente, además, un trabajador social perteneciente a la *local authority children's social care*⁵¹. Siendo esto así, en los supuestos en los que tanto la policía como el trabajador social tengan asignada la competencia podrán decidir quién de los dos dirige la entrevista del menor, siempre en colaboración del otro, valorando el interés del menor y el buen desarrollo del proceso penal. Si bien, en aquellos casos en los que un asistente social dirija la entrevista, la policía debe conservar su responsabilidad de la investigación criminal, asegurándose de que ésta esté adecuadamente planificada y de que el agente de policía o miembro del personal policial tenga un papel efectivo en la supervisión de la entrevista. De igual manera, cuando un agente de policía o miembro del personal policial dirija la entrevista, el trabajador social conserva su deber de realizar indagaciones y de tener un papel efectivo en la misma⁵².

Tanto los miembros de la policía como los de la *local authority children's social care* deben tener la formación adecuada para poder realizar las entrevistas a menores de edad en el marco de una investigación penal. En Inglaterra y Gales se fomenta la formación de los profesionales encargados de realizar este tipo de entrevistas. Así, siguiendo la guía de la *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings* (ABE) la decisión sobre qué profesional dirige la entrevista va más allá de que sepan cómo comunicarse de manera efectiva con testigos que puedan angustiarse y de que tengan un conocimiento adecuado de las normas sobre prueba y delitos penales, pues se exige, además, que el entrevistador principal sea una persona que haya establecido o sea probable que pueda establecer una relación con el testigo⁵³.

⁴⁹ Sobre el CPS véase About CPS | The Crown Prosecution Service, consultado el 15 de enero de 2025.

⁵⁰ Cfr. <https://www.cps.gov.uk/information-and-support-victims-witnesses>, consultado el 15 de enero de 2025.

⁵¹ *Achieving Best evidence in child sexual abuse cases- a joint inspection*, 2014, Criminal Justice Joint Inspection, p. 19. Asimismo, consúltese Children's social care | Local Government Association, consultado el 14 de enero de 2025.

⁵² Sección 47 de la *Children Act 1989*. Disponible en: Children Act 1989, consultado el 22 de noviembre de 2024. Véase *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, pp. 28-29.

⁵³ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, p. 63.

En otro orden de cosas, debemos destacar el derecho que tienen las víctimas de violencia sexual, violencia de género o abuso doméstico de solicitar que la entrevista sea realizada por una persona del género que elijan, a menos que hacerlo perjudique la imparcialidad del procedimiento⁵⁴.

Por último, nos resulta sorprendente que en el ordenamiento jurídico inglés se permita, aunque sea excepcionalmente, la posibilidad de que el testigo pueda ser entrevistado (cuando así lo pida) por un adulto en quien ya haya depositado su confianza pero que no sea miembro del equipo de investigación. Para que ello sea viable es necesario que la persona elegida cumpla con las siguientes exigencias: tenga la cualificación profesional apropiada, sea independiente e imparcial, no sea parte en el proceso y esté dispuesta a cooperar con los entrevistadores debidamente capacitados⁵⁵. Tenemos que confesar que nos cuesta imaginar a qué tipo de persona se está refiriendo, pues no podemos perder de vista que se trata de una entrevista o declaración inicial en el marco de una investigación penal que puede tener efectos probatorios en el proceso, por lo que entendemos que debería ser una tarea exclusiva de los miembros del equipo de investigación.

c.2. Otros posibles intervinientes

Aparte de los entrevistadores, en el sistema anglosajón se prevé la posible participación de otros profesionales en las entrevistas realizadas en el marco de una investigación penal. Se trata de los intérpretes, los intermediarios y los *interview supporters*, a los que, a continuación, haremos una breve referencia.

En primer lugar, será necesaria la intervención de los intérpretes cuando el testigo hable un idioma extranjero. Los testigos deben ser entrevistados en el idioma de su elección, siempre que sea posible. Normalmente, este será el primer idioma del testigo, a menos que circunstancias específicas hagan que su segundo idioma sea más apropiado. Los intérpretes deben estar debidamente acreditados y capacitados para comprender la necesidad de evitar alterar el significado de las preguntas y respuestas durante la entrevista⁵⁶.

En segundo lugar, en caso de los testigos menores, es necesario que antes de realizar la entrevista se plantee la posibilidad de que intervenga un intermediario registrado⁵⁷, que es un especialista en comunicación independiente e imparcial que ayuda a los testigos y denunciante vulnerables a prestar testimonio ante la policía (*interview*) y el tribunal (*cross-examination*) en juicios penales.

⁵⁴ Right 2 of the statutory Code of Practice for Victims of Crime, Ministry of Justice. Code of Practice for Victims of Crime in England and Wales (Victims' Code) - GOV.UK, consultado el 22 de noviembre de 2024.

⁵⁵ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, p. 64.

⁵⁶ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, p. 65. Para más información sobre el uso de los intérpretes *vid.* Criminal investigations: use of interpreters (accessible) - GOV.UK, consultado el 22 de noviembre de 2024.

⁵⁷ En virtud de lo previsto en el derecho 2 del *Code of Practice for Victims of Crime in England and Wales (Victim's Code)*. Disponible en Code of Practice for Victims of Crime in England and Wales (Victims' Code) - GOV.UK, consultado el 14 de enero de 2025. Para más información sobre los intermediarios *vid.* Ministry of Justice Witness Intermediary Scheme - GOV.UK, consultado el 22 de noviembre de 2024. Sobre la importancia de la intervención de los intermediarios para mejorar la calidad de la entrevista de los niños véase también *Achieving Best Evidence in child sexual abuse cases – a joint inspection*, Criminal Justice Joint Inspection, 2014, p. 31. *Cfr.* también *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, p. 66.

Se trata de una medida especial de la YJCEA, prevista en la sección 29, que solo está disponible para testigos vulnerables. El intermediario debe ser aprobado por el tribunal y colabora comunicando al testigo las preguntas que se le hacen y, a quien formule esas preguntas, la respuesta que dé el testigo en contestación a ellas⁵⁸. En relación con los testigos menores de edad, se ha demostrado que la presencia e intervención de un intermediario mejora el resultado de la entrevista⁵⁹.

Y, en tercer lugar, debemos referirnos a los *interview supporters*⁶⁰, también previstos en el derecho 2 del *Victim's Code*. Este precepto reconoce claramente a las víctimas el derecho a llevar a una persona de su elección a la entrevista, siempre que sea posible. Los *interview supporters* son personas de apoyo la función de las cuales se limita a brindar soporte emocional a la víctima durante la entrevista, sin posibilidad de intervención en la misma.

d. Desarrollo de la entrevista

d.1. Lugar

Siguiendo lo reconocido en el derecho 2 del *Victim's Code*, la policía debe tratar de garantizar que la entrevista se lleve a cabo en un lugar diseñado o adaptado para ese fin⁶¹, y cuando el testigo sea menor de edad las salas de entrevistas deben ser lo más adecuadas posible a estos sujetos⁶². Siendo esto así, el lugar debe ser lo suficientemente tranquilo para conseguir una calidad del sonido óptima en cualquier registro visual o de audio y libre de interrupciones, distracciones, miedo e intimidación, de modo que el entrevistador y el testigo puedan concentrarse plenamente en la entrevista.

Sobre el lugar debemos señalar que el sistema anglosajón permite incluso que el testigo pueda ser entrevistado en su domicilio. En estos casos, debe evitarse registrar visualmente cualquier material de fondo que pueda conducir a la identificación del lugar. Además, los entrevistadores deben ser cautelosos al preguntar a testigos sobre experiencias traumáticas sufridas en su hogar porque se puede llegar a asociar el trauma con ella. A pesar de lo anterior, la guía de la ABE señala que no es recomendable entrevistar a los niños en el lugar donde viven⁶³.

⁵⁸ Apartado 6.2. Criminal Practice Direction 2023. Asimismo, vid. *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, p. 165.

⁵⁹ Como señalan CAMPBELL/ASHWORTH/REDMAYNE, *The Criminal Process* (5ª ed.), Oxford University Press, 2018, p. 149. En la misma línea, véase RIDLEY/VAN RHEEDE/WILCOCK, *Interviews, intermediaries and interventions: Mock Jurors', police officers' and barristers' perceptions of a child witness interview*, iIIRG's journal, *Investigative Interviewing: Research and Practice*, 2015. Disponible en: (PDF) Interviews, intermediaries and interventions: Mock-jurors', police officers' and barristers' perceptions of a child witness interview, consultado el 17 de enero de 2025.

⁶⁰ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, pp. 68-69.

⁶¹ Derecho 2 del Código de Prácticas para Víctimas de Delitos, Ministerio de Justicia, 2020.

⁶² Sobre la entrevista durante la fase de investigación de víctimas y testigos véase CAMPBELL/ASHWORTH/REDMAYNE, *The Criminal Process* (5ª ed.), Oxford University Press, 2018, pp. 148-150.

⁶³ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, p. 69. Asimismo, véase, *Achieving Best evidence in child sexual abuse cases- a joint inspection*, 2014, Criminal Justice Joint Inspection, p. 27.

d.2. *Momento y duración*

La decisión sobre el momento de realizar una entrevista depende de las exigencias de la investigación, así como los posibles efectos del trauma y/o estrés del testigo⁶⁴, por lo que variará en función del caso.

En cuanto a la duración, la entrevista debe respetar el ritmo del testigo. Lo ideal es realizarla en una sola sesión, pero no siempre será posible, pues algunos testigos requerirán descansos. Por ello, en algunas circunstancias se permite la realización de la entrevista en más de una sesión (por ejemplo: en casos complejos; cuando hay acusaciones de múltiples delitos; cuando el testigo es menor, anciano o enfermo; o cuando el testigo está traumatizado o sufre estrés). Estas sesiones pueden estar separadas por unas horas o, si es necesario, pueden realizarse durante varios días. Cuando esto ocurre, debe evitarse repetir las mismas preguntas específicas a lo largo del tiempo, lo que podría dar lugar a respuestas poco fiables o inconsistentes en algunos testigos y a que el tribunal declare inadmisibles las entrevistas⁶⁵.

d.3. *Fases y contenido*

La entrevista que se realiza al testigo es grabada en vídeo con el objetivo que sea admitida como prueba en virtud de la sección 27 YJCEA, teniendo en cuenta que muy a menudo es el elemento clave que sustenta la acusación y suele constituir la prueba principal del testigo en la que tenga que apoyarse en su momento del futuro tribunal; por lo tanto, es vital que la calidad del audio y de las imágenes sea buena⁶⁶. En relación con ello, es importante señalar que el equipo entrevistador cuenta con el soporte de personal técnico durante el desarrollo de la entrevista. Su presencia permite ajustar la vista grabada por la cámara y solucionar cualquier fallo que pudiera darse durante la entrevista⁶⁷.

Sentados los requerimientos técnicos precedentes, vamos a centrarnos en el desarrollo propiamente dicho de la entrevista. Así, su objetivo principal es obtener un relato preciso y aceptable para que los encargados de la investigación del delito puedan hacerse una idea de lo que sucedió.

Este tipo de entrevistas normalmente empiezan con un relato libre antes de volverse más específicas para obtener más detalles, si bien, en determinadas ocasiones, como es el caso de testigos menores de edad, existe previamente una fase inicial de contacto entre el entrevistador y el testigo para que este último obtenga la confianza que le permita explicar lo acontecido⁶⁸. En base a ello, las entrevistas (*evidence-in-chief*) constan de las siguientes cuatro fases principales: la primera, de relación entre el entrevistador y el testigo; la segunda, de relato libre por parte del

⁶⁴ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, pp. 69-70.

⁶⁵ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, p. 70.

⁶⁶ *Achieving Best Evidence in child sexual abuse cases – a joint inspection*, Criminal Justice Joint Inspection, 2014, p. 27.

⁶⁷ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, p. 65.

⁶⁸ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, p. 76.

testigo; la tercera, relativa a la realización de preguntas por parte del entrevistador; y la cuarta, de cierre de la entrevista. Pasamos seguidamente a explicarlas brevemente⁶⁹:

1. Fase uno de la entrevista. Establecer una relación (*Rapport*)

Una vez confirmado que el equipo de grabación funciona y que se ha configurado correctamente, el entrevistador debe decir en voz alta el día, la fecha, la hora y el lugar de la entrevista y los nombres de todos los presentes. A continuación, el entrevistador debe mencionar brevemente el motivo de la entrevista sin hacer referencia directa al presunto delito.

La entrevista inicia con la fase de relación previa que resulta fundamental, pues una buena relación entre el entrevistador y el testigo puede mejorar tanto la cantidad como la calidad de la información obtenida en la entrevista. Por esta razón, y siendo conscientes del trauma experimentado por algunos testigos, como los menores víctimas de violencia sexual, es necesario establecer una relación previa con el objetivo de que estos menores desarrollen suficiente confianza con el equipo entrevistador para participar con éxito de la entrevista de investigación⁷⁰. Siendo esto así, durante un espacio corto de tiempo de esta primera parte se conversará sobre materias neutrales (*neutral topics*) con el objetivo de que el testigo se sienta cómodo y se relaje⁷¹.

Seguidamente, es fundamental en esta primera fase que el entrevistador exponga al testigo las reglas básicas (*ground rules*) de la entrevista⁷². De acuerdo con estas reglas, el entrevistador debe explicar al testigo qué se espera de él y cuál será el esquema de la entrevista.

Asimismo, antes de finalizar esta primera fase de la entrevista, el entrevistador debe indicar al testigo la importancia de decir la verdad, esto es, que dé un relato veraz y preciso de cualquier incidente que describa⁷³. La trascendencia de realizarse en esta fase reside en que si se hace más tarde, durante el desarrollo de la entrevista, se corre el riesgo de que el niño concluya que el entrevistador no cree lo que ha explicado hasta ese momento⁷⁴.

⁶⁹ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, p. 78. Resulta ilustrativa la *Figure 3.1. Typical interview structure* de la p. 79. En la misma línea, véase *Achieving Best Evidence in child sexual abuse cases – a joint inspection*, Criminal Justice Joint Inspection, 2014, pp. 19-25.

⁷⁰ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, p. 76.

⁷¹ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, p. 80.

⁷² *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, pp. 81-83.

⁷³ Sobre la importancia de decir la verdad se incide también en *Achieving Best Evidence in child sexual abuse cases – a joint inspection*, Criminal Justice Joint Inspection, 2014, p. 20.

⁷⁴ En la Guía ABE se señala que no es aconsejable pedir a los niños que proporcionen definiciones generales de lo que es verdad o mentira (una tarea que sería un desafío para un adulto); en su lugar, se les debe pedir que juzguen a partir de ejemplos. El entrevistador debe usar ejemplos adecuados a la edad, la experiencia y la comprensión del niño. A los niños en edad escolar secundaria se les puede pedir que den ejemplos de afirmaciones verdaderas y mentiras, mientras que a los niños más pequeños se les puede ofrecer ejemplos y se les puede pedir que digan cuáles son verdaderos y cuáles mentira. Es importante que los ejemplos elegidos sean realmente mentiras, no simplemente afirmaciones incorrectas: las mentiras deben incluir la intención de engañar a otra persona. En el Apéndice G: *Truth and Lies* se muestran diferentes ejemplos para diferentes edades de niños. *Achieving Best*

2. Fase dos de la entrevista. Relato libre

El objetivo de esta segunda fase es la realización de un relato libre sobre los hechos objeto de investigación por parte del testigo o víctima. Es esencial no interrumpirlo durante su narración para hacerle preguntas; estas deben guardarse para más tarde. En la fase de narración libre, el entrevistador debe alentar a los testigos a que proporcionen un relato con sus propias palabras mediante el uso de indicaciones no específicas como «¿sucedió algo más?», «¿hay algo más que pueda decirme?» y «¿puede decirlo de otra manera para ayudarme a entender mejor?»; sin, en ningún caso, revelar datos que conozcan por la investigación y que el testigo aún no haya explicado⁷⁵.

3. Fase tres de la entrevista. Preguntas

La práctica demuestra que, durante la fase de narración libre de una entrevista, la mayoría de los testigos no podrá recordar todo lo relevante que tenga en la memoria. Por esta razón, para el buen fin de la investigación es necesario que el entrevistador formule aquellas preguntas que considere trascendentes para el caso que puedan estimular un mayor recuerdo del testigo.

Antes de hacer las preguntas al testigo, puede ser beneficioso explicarle el objetivo de esta fase de la entrevista. Es útil que el entrevistador le diga que le hará algunas preguntas, basadas en lo que ya ha explicado previamente en la fase de narración libre, para ampliar y aclarar su relato⁷⁶. Además, cuando el testigo sea menor de edad es necesario que el entrevistador tenga en cuenta una serie de consideraciones especiales: las preguntas deben ser claras y directas y adecuadas a la edad y capacidad del testigo; debe proporcionarse al testigo el tiempo suficiente para completar su respuesta antes de hacer otra pregunta; y debe evitarse interrumpir al testigo mientras está hablando. Por este motivo, los entrevistadores deben estar formados y preparados para entrevistar niños⁷⁷, lo que entendemos que es fundamental para el buen fin del resultado de la entrevista. Y, de igual modo, es básica la participación en este tipo de entrevistas de los miembros de la *local authority children's social care*.

4. Fase cuarta de la entrevista. Cierre/Clausura⁷⁸

Superadas las anteriores fases descritas, el entrevistador debe intentar siempre que la entrevista finalice de forma adecuada, pues toda entrevista debe tener una fase de cierre. En esta fase, como

Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures, Ministry of Justice, 2022, p. 198.

⁷⁵ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, pp. 84-86. Vid. también, *Achieving Best Evidence in child sexual abuse cases – a joint inspection*, Criminal Justice Joint Inspection, 2014, p. 21.

⁷⁶ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, pp. 86-94. Vid. también, *Achieving Best Evidence in child sexual abuse cases – a joint inspection*, Criminal Justice Joint Inspection, 2014, pp. 22-23.

⁷⁷ Para obtener más información sobre cómo comunicarse con niños y testigos adultos vulnerables, pueden consultarse los kits de herramientas en el sitio de Internet de Advocate's Gateway en: Toolkits | Advocate's Gateway, consultado el 25 de noviembre de 2024.

⁷⁸ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, pp. 94-95.

indica la Guía ABE, puede ser útil volver a hablar de algunos de los temas neutrales mencionados en la primera fase.

Independientemente del resultado de la entrevista, debe agradecerse al testigo su tiempo y esfuerzo y se procura que no se sienta angustiado. Antes de concluir la entrevista, el entrevistador tiene que preguntar al testigo si desea comunicar algo más o si tiene alguna duda respecto del proceso⁷⁹. En relación con este último inciso, debe tenerse en cuenta que cuando el testigo sea la víctima del delito, tiene derecho a realizar una declaración personal al final de la entrevista, en virtud del derecho 7 del *Victim's Code*, consistente en la oportunidad de decir qué efecto ha tenido el delito e identificar su estado y necesidad de apoyo⁸⁰.

Por último, el entrevistador debe informar la hora de finalización de la entrevista en la grabación de vídeo y dar la entrevista por acabada. Una vez concluida la entrevista se procede a la evaluación de la información obtenida por parte del equipo investigador⁸¹.

3.2. Preparación para comparecer ante el tribunal

En el sistema inglés, finalizada la fase de investigación policial, cuando se tienen suficientes indicios de criminalidad, el caso pasa a manos del *Crown Prosecution Service* (CPS) quien se encarga de la acusación pública⁸². Seguidamente, tienen lugar el *pre-trial*, el *plea* y el *trial*⁸³. Antes del juicio se prevé la preparación de los testigos con el objetivo de hacerlos sentir más seguros y mejor preparados para prestar testimonio y ayudarlos a comprender el funcionamiento del proceso penal. Con ello, se entiende que se reduce el estrés del testigo y aumenta su capacidad de ofrecer un interrogatorio más preciso.

Para cumplir con dicha finalidad, al margen de la adopción de las *special measures*, están previstas otras medidas, entre las que traemos a colación: la *Witness Care Unit*; la visita al tribunal antes del juicio; y la posibilidad de «refrescar» la memoria al testigo con la visualización de su *video-recorded interview* realizada ante la policía⁸⁴, que pasamos a analizar.

En primer lugar, la denominada *Witness Care Unit* encargada de gestionar la atención de víctimas y testigos, informándoles del caso y evaluando sus necesidades, desde el momento de la

⁷⁹ Debe procurarse en la práctica que sea así, aunque no siempre lo es. Así se desprende de *Achieving Best Evidence in child sexual abuse cases – a joint inspection*, Criminal Justice Joint Inspection, 2014, p. 24. En este estudio se indica que «La etapa de cierre de la mayoría de las entrevistas analizadas fue breve. Hubo poca evidencia de que los entrevistadores se aseguraran de que el testigo no estuviera angustiado y fue raro que se le agradeciera a un testigo por su contribución. Los entrevistadores rara vez volvieron a un tema neutral antes de concluir la entrevista; esto ocurrió solo en 14 entrevistas», teniendo en cuenta que este estudio se realizó en 2014.

⁸⁰ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, p. 71.

⁸¹ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, pp. 95-98.

⁸² Sobre ello véase el capítulo 7 titulado *Prosecutions* de CAMPBELL/ASHWORTH/REDMAYNE, *The Criminal Process* (5ª ed.), Oxford University Press, 2018.

⁸³ En relación con las fases del proceso penal inglés véase a mayor abundamiento el capítulo 9 titulado *Pre-trial issues: Disclosure and abuse of process* (p. 267), el capítulo 10 denominado *Plea* (p. 315) y el capítulo 11 relativo a *The Trial* (p. 345) de CAMPBELL/ASHWORTH/REDMAYNE, *The Criminal Process* (5ª ed.), Oxford University Press, 2018.

⁸⁴ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, pp. 126-128.

acusación hasta la conclusión del caso. El servicio está integrado por representantes de la policía y del CPS⁸⁵.

En segundo lugar, se prevé la posibilidad que los testigos puedan realizar una visita al tribunal antes del juicio (apartado 6.3.30 CrimPD). Como parte de la evaluación detallada de las necesidades que realiza la *Witness Care Unit* puede decidirse, según las necesidades del testigo, que es beneficioso que se lleve a cabo dicha visita para que se familiarice con el entorno judicial antes de prestar testimonio el día del juicio. Aparte de ello, durante la visita pueda hacerse una demostración de cualquier medida especial solicitada y/o concedida⁸⁶. Así, por ejemplo, si se ha concedido la medida especial de realizar el interrogatorio a través de *live link* el día del juicio (sección 24 YJCEA) se les enseñará la *witness suite* y se les explicará cómo funciona el enlace en directo y quién podrá verlos en la sala del tribunal; lo mismo sucedería con la *prerecorded cross-examination*.

Y, en tercer lugar, resulta destacable que el testigo tenga derecho al *refreshing memory*, esto es, a ver la grabación de su entrevista inicial antes de que se proceda al contrainterrogatorio. Este derecho se encuentra reconocido en el *Victim's Code* (octavo derecho) y regulado en la sección 139 de la *Criminal Justice Act 2003*⁸⁷. En concreto, en el sistema inglés se prevé que cuando la entrevista realizada durante la investigación inicial se ha grabado en vídeo, la grabación pueda ser visualizada por el testigo para refrescar su memoria antes del juicio, que sería el equivalente a leer la declaración de antemano. Se entiende que ver el vídeo con antelación en un entorno más informal ayuda a algunos testigos a familiarizarse con la visión de su propia imagen en la pantalla y hace que sea más probable que se concentren más a la hora de realizar el interrogatorio ante el tribunal. Por su parte, la Guía ABE indica que debe valorarse el lugar y las personas que estarán presentes en el refrescamiento de memoria del testigo y mantener un registro de todo lo que se diga durante la visualización. Además, en casos excepcionales, como los que involucran a niños muy pequeños o niños con discapacidad, se contempla la posibilidad de grabar en vídeo al testigo cuando refresque su memoria y de que el testigo sea asistido por un intermediario⁸⁸.

3.3. Video recorded cross-examination

a. Regulación y ámbito de aplicación

El segundo gran hito de un niño, niña o adolescente víctima de violencia sexual durante el proceso penal inglés es someterse al *cross-examination*⁸⁹. Como hemos tenido la oportunidad de

⁸⁵ Sobre ello véase <https://www.cps.gov.uk/cps-page/keeping-you-informed>, consultado el 17 de enero de 2025. La *Witness Care Unit* debe entregar a los testigos una copia del DVD '*Going to Court: a step by step guide to being a witness*', <https://www.gov.uk/going-to-court-victim-witness>, consultado el 17 de enero de 2025.

⁸⁶ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, pp. 126-128.

⁸⁷ *Vid.* Criminal Justice Act 2003, consultado el 20 de enero de 2025. Sobre la *refreshing memory* véase ROBERTS/ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, pp. 360-362.

⁸⁸ *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, pp. 127-128. Asimismo, véase *Achieving Best Evidence in child sexual abuse cases – a joint inspection*, Criminal Justice Joint Inspection, 2014, p. 28.

⁸⁹ Se puede definir el término *cross-examination* como «el interrogatorio de un testigo por parte distinta del que lo citó. Puede ser sobre el tema, es decir, diseñado para obtener información favorable a la parte en cuyo nombre se lleva a cabo y para poner en duda la exactitud de la declaración presentada en contra de esa parte; o para acreditar, es decir, diseñado para poner en duda la credibilidad del testigo. Durante el contrainterrogatorio se pueden hacer

avanzar, en aras de evitar su revictimización, entre las *special measures* previstas en la YJCEA, se prevé, en la sección 28, la posibilidad de realizar la grabación en vídeo del contrainterrogatorio antes de la fecha del juicio: el denominado *pre-recorded cross-examination*. Las previsiones normativas de la YJCEA en este ámbito deben ser necesariamente complementadas por el apartado 6.3. de las *Criminal Practice Directions* de 2023⁹⁰ y la parte 18 de la *Criminal Procedure Rules* de 2020⁹¹.

Pese que la YJCEA fue aprobada en 1999, en relación con el contrainterrogatorio grabado en vídeo, debemos señalar que su aplicación ha sido progresiva. De hecho, no es hasta 2014 que se inicia la primera prueba piloto de la sección 28 YJCEA para testigos vulnerables en los *Crown Courts* de Leeds, Liverpool y Kingston⁹²; y la segunda prueba piloto tiene lugar en 2019 para una parte de las víctimas intimidadas de la sec. 17 (4) YJCEA⁹³, en concreto, para las personas adultas víctimas de delitos sexuales y de delitos contrarios a la sección 1 o la sección 2 de la *Modern Slavery Act*⁹⁴ relativos a esclavitud, trabajo forzoso y trata de personas. La implantación efectiva de la grabación del contrainterrogatorio antes del juicio para testigos vulnerables y la parte de los intimidados a los que acabamos de referirnos, se produce en todos los *Crown Courts* de Inglaterra en 2020 y de Gales en 2022⁹⁵, quedando, por el momento, excluidas de la aplicación de

preguntas sugestivas». Para ello hemos consultado a LAW, *A Dictionary of Law*, (10 ed.), Oxford University Press, 2022.

⁹⁰ Criminal Practice Directions 2023, consultado el 21 de enero de 2025. Téngase en cuenta que la vigente *Criminal Practice Directions* es de 2023, por lo que su contenido se encuentra actualizado a la realidad práctica de los tribunales ingleses. Sobre la nueva *Criminal Practice Directions* de 2023 existe un artículo doctrinal muy interesante que examina el texto por capítulos. Por lo que nos interesa, sobre el capítulo 6.3 de la CrimPD, relativo al contrainterrogatorio pregrabado, indica que este capítulo representa la culminación de una gran cantidad de trabajo (principalmente dirigido por el poder judicial) y que su claridad es digna de elogio. Cfr. HUNGERFORD-WELCH, *Criminal Practice Directions 2023*, *The Criminal Law Review*, 2023, pp. 581-590.

⁹¹ Criminal Procedure Rules 2020 and Criminal Practice Directions 2023 - GOV.UK, consultado el 5 de noviembre de 2024.

⁹² La primera *pre-recorded cross-examination* se realizó en Liverpool el 28 de abril de 2014. Cfr. *Transforming the Criminal Justice System*, Ministry of Justice, July 2014, p. 10. Disponible en Cm8868 Transforming the Criminal Justice System Strategy and Action Plan Implementation Update, consultado el 22 de enero de 2025. Sobre este plan piloto, traemos a colación a HENDERSON, quien con cita a SPENCER y LAMB indica que: el estudio piloto de la Sección 28 tenía como objetivo abordar dos de los problemas críticos (y no resueltos) señalados por el *Pigot Committee* en 1989 que padecía el sistema de justicia penal, y que afectaba negativamente la precisión del testimonio de los niños: las demoras sistemáticas en los procedimientos penales y la naturaleza riesgosa de los contrainterrogatorios adversariales, *vid.* «An Evaluation of English Crown Courts with and without Special Measures Implemented in Section 28 of the Youth Justice and Criminal Evidence Act», 2019. Disponible en: An Evaluation of English Crown Courts with and without Special Measures Implemented in Section 28 of the Youth Justice and Criminal Evidence Act, consultado el 5 de noviembre de 2024.

⁹³ Section 28 for vulnerable victims and witnesses in Crown Courts - GOV.UK, consultado el 23 de enero de 2025.

⁹⁴ Modern Slavery Act 2015, consultada el 23 de enero de 2025. En esta línea, se pronuncian WARD/PEHKONEN/MURRAY, *Process evaluation of Section 28 Evaluating the use of pre-recorded cross-examination (Section 28) for intimidated witnesses*, Ministry of Justice, 2021, pp. 5-6. Disponible en Process evaluation of Section 28, consultado el 22 de enero de 2025. Asimismo lo indica KYNESWOOD, *Is Pre-recorded Cross-examination (YJCEA 1999, s. 28) Achieving Best Evidence in Sex Offence Cases?*, 2023. Disponible en: Is Pre-recorded Cross-examination (YJCEA 1999, s. 28), consultado el 28 de noviembre de 2024. Cfr. también Guidance on the use of S28 Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999 pre-recording of cross-examination and re-examination for witnesses captured by S.17(4) YJCEA 1999, consultado el 14 de noviembre de 2024.

⁹⁵ Cfr. New courtroom protections for vulnerable victims available nationwide - GOV.UK, consultado el 22 de enero de 2025. Asimismo, véase KYNESWOOD, *Is Pre-recorded Cross-examination (YJCEA 1999, s. 28) Achieving Best Evidence in Sex Offence Cases?*, 2023; y HENDERSON, «An Evaluation of English Crown Courts with and without Special Measures Implemented in Section 28 of the Youth Justice and Criminal Evidence Act», 2019, p. 10.

la sección 28 las víctimas adultas de violencia doméstica a pesar de encontrarse en la sección 17 (4) YJCEA⁹⁶.

b. *Objeto*

En aquellos casos en los que se acuerde grabar la entrevista inicial en virtud de la sección 27 YJCEA como prueba principal del testigo (*evidence in chief*), la misma orden también podrá disponer que el contrainterrogatorio sea pregrabado en vídeo⁹⁷. Así, el objeto principal de la sección 28 es la grabación en vídeo del contrainterrogatorio de las víctimas y los testigos elegibles antes del juicio y fuera de la sala del tribunal. Esta grabación se reproduce después durante el juicio, lo que, en la mayoría de los casos, significa que el testigo no tenga que asistir en persona⁹⁸.

Este contrainterrogatorio pregrabado es compatible con el derecho del acusado a un juicio justo, reconocido en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁹⁹.

Para poder explicar cómo funciona el contrainterrogatorio pregrabado en el proceso penal inglés debe estarse a lo regulado en la CrimPD de 2023, que se encarga de desarrollar esta medida. De manera específica, es de aplicación su apartado 6.3. relativo a la grabación previa del contrainterrogatorio de los testigos¹⁰⁰.

c. *¿Cómo se acuerda?*

El miembro del CPS competente del caso concreto debe notificar formalmente al tribunal y a la defensa que tiene un testigo elegible de medidas especiales y especificar qué medidas quiere solicitar. Asimismo, si se solicita la aplicación de la sección 28, junto con su solicitud, debe facilitarse una transcripción de la entrevista (ABE) realizada en la fase de investigación¹⁰¹. Hecha la solicitud, la decisión de realizar una *prerecorded cross-examination* está en manos del tribunal,

⁹⁶ La sección 17(4) YJCEA incluye como testigos intimidados las víctimas adultas de violencia doméstica previstas en la *Domestic Abuse Act 2021* (Domestic Abuse Act 2021, consultado el 23 de enero de 2025). Sin embargo, la sección 28 YJCEA aún no se ha hecho extensiva a estas víctimas debido a que su aplicación está en proceso de revisión. Por lo tanto, por el momento, no es posible que se les aplique la pregrabación del contrainterrogatorio. Así lo indican en su reciente estudio: WARD/PEHKONEN/MURRAY, *Process evaluation of Section 28 Evaluating the use of pre-recorded cross-examination (Section 28) for intimidated witnesses*, Ministry of Justice, 2023, pp. 5 a 6. Disponible en *Process evaluation of Section 28*, consultado el 22 de enero de 2025.

⁹⁷ De conformidad con el apartado primero de la sección 28 YJCEA.

⁹⁸ Section 28 for vulnerable victims and witnesses in Crown Courts - GOV.UK, consultado el 29 de octubre de 2024.

⁹⁹ Así, ROBERTS/ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, 2022, traen a colación la doctrina del TEDH para confirmar que «el testimonio oral en vivo y el contrainterrogatorio en la sala del tribunal no son necesariamente indispensables para la concepción de un juicio justo consagrada en el artículo 6 CEDH y está arraigado en las tradiciones procesales de los Estados miembros del Consejo de Europa, la gran mayoría de los cuales comparten una herencia jurisprudencial continental/civil con menos respeto por el principio de oralidad y una mayor disposición a aceptar su testimonio, de lo que tradicionalmente han tolerado los sistemas de juicios de derecho consuetudinario. La esencia del principio europeo es que el acusado debe disfrutar de igualdad de armas, lo que en este contexto significa una oportunidad justa para probar las pruebas de la acusación y un acceso aproximadamente equivalente a los testigos aportados por el fiscal» (pp. 518-519). En la misma línea lo reconoce CAMPBELL/ASHWORTH/REDMAYNE, *The Criminal Process* (5ª ed.), Oxford University Press, 2018, pp. 378-379.

¹⁰⁰ La propia *Criminal Practice Direction* pone en relación con la sección 28 de la YJCEA y la parte 18 de la CrimPR.

¹⁰¹ Cfr. 6.3.10 CrimPD.

quien, tras escuchar a las partes en una audiencia de reglas básicas (*Ground Rules Hearing*¹⁰²) previa al juicio, se pronuncia sobre las medidas especiales solicitadas por las partes para las víctimas y testigos del proceso penal en cuestión, dictando, si lo considera procedente, una orden de medidas especiales¹⁰³.

Para tomar la decisión sobre la aplicación de la grabación del contrainterrogatorio previo al juicio, el juez, una vez escuchadas las partes en la correspondiente audiencia, deberá considerar¹⁰⁴:

- a. si alguna de las medidas especiales, o una combinación de ellas, podría mejorar la calidad de la declaración del testigo y, en caso afirmativo;
- b. cuál o cuáles de las medidas especiales podría maximizar, en la medida de lo posible, la calidad de la declaración dada por el testigo.

Tras decidir que la aplicación de la sección 28 mejorará la calidad de la declaración del testigo, el órgano judicial debe determinar cuándo tendrá lugar, por un lado, la grabación del contrainterrogatorio y, por el otro, el juicio. Con el fin de poder determinar una fecha para ello, el juez debe tener en cuenta, entre otras cosas: la lista de espera para utilizar el equipo de grabación; la duración probable del contrainterrogatorio; la disponibilidad del juez, los abogados y el testigo, así como de una sala de audiencias adecuada¹⁰⁵. Asimismo, durante la audiencia de reglas básicas deben fijarse las preguntas que los abogados harán a los testigos y la manera de formularlas, con el objetivo de mejorar el resultado obtenido con el contrainterrogatorio. Sobre ello, un estudio realizado por ANDREWS, HENDERSON y LAMB, detecta que las audiencias de reglas básicas en este ámbito mejoran las estrategias de interrogatorio de los abogados¹⁰⁶.

Finalizada la audiencia de reglas básicas, el órgano judicial dicta la orden de medidas especiales, siguiendo el contenido previsto en el apartado 6.3.21 CrimPD y en la parte 18 (2) CrimPR, que hace referencia a la posible edición de la entrevista ABE; la fijación de una fecha, hora y lugar para la audiencia de contrainterrogatorio grabado; la previsión de otras medidas especiales; la fecha límite para pedir una edición de la grabación del contrainterrogatorio¹⁰⁷ y la fecha para el juicio.

¹⁰² Esta audiencia, en los asuntos competencia del *Crown Court*, se denomina *Plea and Trial Preparation Hearing* (PTPH). Véase *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, p. 167.

¹⁰³ Sección 28.1 YJCEA.

¹⁰⁴ Cfr. 6.3.15 CrimPD.

¹⁰⁵ Cfr. 6.3.17 CrimPD.

¹⁰⁶ «Ground Rules Hearings improved lawyers' questioning strategies, regardless of the case's involvement in the Section 28 pilot study». Vid. ANDREWS/HENDERSON/LAMB, *Examining children in English High Courts with and without implementation of reforms authorized in Section 28 of the Youth Justice and Criminal Evidence Act*, 2019, disponible en: *Examining children in English High Courts with and without implementation of reforms authorized in Section 28 of the Youth Justice and Criminal Evidence Act - CORE*, consultado el 22 de enero de 2025.

¹⁰⁷ La Parte 18 CrimPR reconoce expresamente que el tribunal tiene el poder de permitir la edición de una grabación de video previa al juicio del contrainterrogatorio o reinterrogatorio realizado de conformidad con la sección 28 YJCEA. Esta disposición ha sido recientemente modificada por la *Criminal Procedure (amendment) Rules 2024* (SI 2024/62). Disponible en *The Criminal Procedure (Amendment) Rules 2024*, consultado el 5 de noviembre de 2024. En esta línea, se señala en la *Criminal Law Week*, Issue 2, Thomson Reuters, 24 de enero de 2024, p. 7.

Una vez hemos examinado como se acuerda la medida especial prevista en la sección 28 YJCEA procedemos, a continuación, a analizar cómo se desarrolla.

d. *¿Cómo se desarrolla?*

d.1. *Momento, lugar e intervinientes*

El órgano judicial debe valorar, en la medida de lo posible y si no se pone en peligro el derecho del acusado a un juicio justo, las necesidades del testigo para fijar el momento y la duración del contrainterrogatorio grabado¹⁰⁸. Siendo esto así, la grabación del contrainterrogatorio debe realizarse lo más cerca posible de la comisión del delito, pues de esta manera es más fácil para el testigo recordar los hechos acaecidos y, al mismo tiempo, ayuda a reducir su angustia durante la espera para ser interrogado¹⁰⁹.

El contrainterrogatorio tiene lugar en dos sitios de manera simultánea: a) por un lado, en la *witness suite* del tribunal competente donde se encuentra el testigo (junto con el intermediario y asistente, si se ha acordado su intervención), si bien, también se permite que el testigo esté en otro lugar en remoto, como podría ser la *Lighthouse*; y, b) por el otro, en la sala del tribunal donde se encuentran el juez, los abogados y el acusado, dando cumplimiento a lo establecido en el apartado segundo de la sección 28 YJCEA y a los apartados 6.3.37 y 6.3.38 CrimPD. No obstante, nos resulta sorprendente que, en algunos casos, pueda acordarse que el juez y los abogados estén en la *witness suite* con el testigo, por ejemplo, cuando deba interrogarse un niño de corta edad, siendo el tribunal quien lo decide de acuerdo con las circunstancias del caso¹¹⁰.

d.2. *El contrainterrogatorio*

En la fecha prevista en la orden de medidas especiales, el testigo, sito en la *witness suite* (a menos que se haya previsto hacerse desde otro lugar), es contrainterrogado a través de un enlace de TV en directo desde la sala del tribunal, donde se encuentran, como acabamos de señalar, el juez, los abogados y el acusado¹¹¹. Las preguntas al testigo serán formuladas por el abogado o a través del intermediario, en su caso, teniendo en cuenta que en ningún supuesto puede formular las preguntas el propio acusado¹¹². Si bien, éste tiene derecho a comunicarse con su representante y debe poder escuchar al testigo a través de la conexión en vivo¹¹³.

El contrainterrogatorio debe ser grabado desde su inicio y es responsabilidad del secretario del tribunal designado asegurarse de antemano de que todo el equipo de grabación funcione y de ponerse en contacto con el servicio técnico si es preciso¹¹⁴. Una vez realizado el

¹⁰⁸ Cfr. apartado 6.3.24 de la CrimPD.

¹⁰⁹ Section 28 for vulnerable victims and witnesses in Crown Courts - GOV.UK, consultado el 29 de octubre de 2024.

¹¹⁰ Cfr. 6.3.38 CrimPD.

¹¹¹ Cfr. 6.3.37 CrimPD. Téngase en cuenta que con el contrainterrogatorio pregrabado se da inicio al juicio (6.3.36 CrimPD).

¹¹² Cfr. apartado 6.5.1 CrimPD.

¹¹³ Conforme a la sección 28(2) YJCEA. Sobre ello también inciden ROBERTS/ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, 2022, p. 519.

¹¹⁴ Cfr. 6.3.37 CrimPD.

contrainterrogatorio, se da por finalizada la grabación que queda guardada para poder ser reproducida en el juicio.

Sobre el equipo técnico de grabación, los *Crown Courts* de Inglaterra y Gales disponen de un sistema para gestionar la grabación y su visualización en el juicio en el momento procesal correspondiente que se denomina *Justice Video Service*. A este sistema solo se puede acceder con autorización¹¹⁵. Como recentísima novedad destacamos que en 2025 estará disponible para los abogados de la defensa y acusación una plataforma para acceder a las *prerecorded cross-examination* a través del sistema *PRE Service*¹¹⁶.

Pese a todo lo anterior, finalizada la *prerecorded cross-examination*, es posible que alguna de las partes solicite al órgano judicial que la grabación del contrainterrogatorio no sea admitida en el juicio¹¹⁷. Asimismo, el tribunal podría acordar, mediante una orden adicional, la realización de un nuevo contrainterrogatorio pregrabado, en aquellos casos en que exista algún dato nuevo o alguna razón en interés de la justicia no conocida en el momento de practicar el primer contrainterrogatorio pregrabado¹¹⁸.

e. *La reproducción en el juicio de las medidas previstas en las secciones 27 y 28 YJCEA*

El juicio ante el *Crown Court* tiene lugar ante un juez y un jurado¹¹⁹. En el juicio se reproducirán, de una parte, la *ABE interview (evidence in chief)*, grabada en la fase de investigación, y la *prerecorded cross-examination*, con el objetivo de que sirvan como prueba para fundamentar la decisión de culpabilidad o no del jurado. Ambas grabaciones serán reproducidas a través de un enlace de TV para que el jurado las pueda ver¹²⁰, pues debe recordarse que el jurado no está presente ni en la grabación de la declaración inicial ni durante el contrainterrogatorio pregrabado.

Por último, debemos señalar que, en aras de evitar su victimización secundaria, la víctima o testigo no tiene que asistir al tribunal el día del juicio. Inmediatamente después del juicio, la entrevista principal de la ABE y el contrainterrogatorio grabado deben almacenarse de forma segura¹²¹.

¹¹⁵ Cfr. 6.3.42 CrimPD.

¹¹⁶ Disponible en: Pre-Recorded Evidence (PRE): view recorded evidence before trial – GOV.UK, consultado el 23.01.2025.

¹¹⁷ De conformidad con el apartado 6.3.40 CrimPD y la sección 28 (4) de la YJCEA.

¹¹⁸ De acuerdo con lo previsto en la sección 28 (6) YJCEA. Asimismo, hace referencia el apartado 6.3.44 CrimPD que indica, además, que todo interrogatorio posterior de este tipo debe grabarse mediante un enlace en directo, como se describe en los apartados anteriores.

¹¹⁹ Sobre el proceso ante la *Crown Court* y los roles del juez y el jurado véase: CAMPBELL/ASHWORTH/REDMAYNE, *The Criminal Process* (5ª ed.), Oxford University Press, 2018, p. 364. Asimismo, puede consultarse: *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: guidance on interviewing victims and witnesses, and Guidance on using special measures*, Ministry of Justice, 2022, p. 163.

¹²⁰ Cfr. 6.3.47 CrimPD.

¹²¹ Cfr. 6.3.49 CrimPD.

f. *Experiencia práctica de su aplicación*

A pesar de la reciente aplicabilidad de la medida prevista en la sección 28 YJCEA en el proceso penal inglés, existen estudios que analizan su implementación práctica en Inglaterra y Gales y demuestran sus efectos beneficiosos para los testigos vulnerables y víctimas intimidadas (sec. 17 (4) YJCEA). En concreto, se señalan como positivos distintos aspectos, de entre los que subrayamos: la claridad de la norma y el desarrollo exhaustivo de la misma, la mejora en la manera de realizar el interrogatorio de los niños por parte de los abogados, el trato más humano de los testigos en los tribunales, la reducción del tiempo de espera para ser contrainterrogados o la no necesidad que el testigo esté presente en el juicio¹²².

Al mismo tiempo, también se pone de manifiesto los diversos problemas detectados en la práctica, siendo de destacar que en determinadas ocasiones las pruebas pregrabadas afectan a la defensa en juicio; en más de una ocasión la mala calidad de las grabaciones y los problemas con el equipo de reproducción causan demoras y distracciones, lo que puede provocar perderse detalles del relato; otras veces se detecta que los jueces y abogados no son audibles o visibles en las grabaciones; o el hecho de que a algunos jueces les preocupa que los jurados se desconecten de las pruebas presentadas en «televisión». Por todo ello, entienden que la tecnología tiene la capacidad de mejorar la presentación de pruebas en el juicio, pero actualmente los testimonios pregrabados «parecen improvisados y amateurs», llegando a la conclusión que los objetivos de la Sección 28 son encomiables, pero, sin embargo, las realidades prácticas y la teoría no se combinan bien en este momento¹²³.

Por último, estos estudios se atreven, asimismo, a hacer propuestas de mejora en cuanto al funcionamiento práctico de la sección 28¹²⁴, entre las que destacamos como principales las siguientes: reevaluar las distinciones entre denunciantes intimidados y vulnerables; mejorar la formación de los profesionales, como la policía y los abogados, destacando especialmente que la formación en RASSO (*Rape and Serious Sexual Offences*) debería ser obligatoria para los abogados defensores; invertir más en el diseño de vídeos, equipos de grabación e instalaciones de reproducción para lograr la mejor evidencia en el juicio; procurar que todos los testigos reciban información oportuna, clara y coherente sobre el proceso del artículo 28; y comprobar si las pruebas pregrabadas afectan a la toma de decisiones del jurado, haciendo un análisis para determinar si la aplicación de la sección 28 afecta a las tasas de condena comparando los resultados con los casos en los que el contrainterrogatorio se realiza en el juicio. Con ello, se demuestra que a los ingleses aún les queda margen de mejora en esta materia.

¹²² De los estudios realizados destacamos los siguientes: WARD/PEHKONEN/MURRAY, *Process evaluation of Section 28 Evaluating the use of pre-recorded cross-examination (Section 28) for intimidated witnesses*, Ministry of Justice, pp. 5-6; KYNESWOOD, *Is Pre-recorded Cross-examination (YJCEA 1999, s. 28) Achieving Best Evidence in Sex Offence Cases?*, 2023; y HENDERSON, «An Evaluation of English Crown Courts with and without Special Measures Implemented in Section 28 of the Youth Justice and Criminal Evidence Act», 2019.

¹²³ A ello hace referencia KYNESWOOD, *Is Pre-recorded Cross-examination (YJCEA 1999, s. 28) Achieving Best Evidence in Sex Offence Cases?*, 2023.

¹²⁴ Vid. WARD/PEHKONEN/MURRAY, *Process evaluation of Section 28 Evaluating the use of pre-recorded cross-examination (Section 28) for intimidated witnesses*, 2023, pp. 55-56; así KYNESWOOD, *Is Pre-recorded Cross-examination (YJCEA 1999, s. 28) Achieving Best Evidence in Sex Offence Cases?*, 2023.

4. El modelo Barnahus en el sistema inglés: *The Lighthouse*

Con el objetivo de conseguir una protección integral de los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual y reducir la victimización secundaria que sufren por su paso por el proceso penal, durante los últimos años se ha ido expandiendo en diferentes países de Europa el modelo Barnahus¹²⁵. En concreto, la Barnahus permite atender, en un único lugar amigable y respetuoso, a los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual por parte de expertos especializados, evitándose así que el menor tenga que revivir el abuso sexual a través de diferentes declaraciones ante múltiples sitios y profesionales¹²⁶. El hito más relevante de este modelo es que el menor pueda declarar solo una vez en la Barnahus y que su declaración tenga validez como prueba preconstituida.

Centrándonos en Reino Unido, el modelo Barnahus ha sido implantado en Londres a través de la denominada *The Lighthouse*¹²⁷, como la primera *Child House* del sistema anglosajón. Esta institución está gestionada por el *University College London Hospitals NHS Foundation Trust* (UCLH)¹²⁸ en colaboración con la *Metropolitan Police*¹²⁹ y la *National Society for the Prevention of Cruelty to Children* (NSPCC)^{130 131}.

The Lighthouse abrió sus puertas en octubre de 2018 en Londres, inicialmente como plan piloto¹³², y se puso en marcha con la expectativa de cumplir con los estándares Barnahus de EU

¹²⁵ «Tanto Naciones Unidas como el Consejo de Europa promueven la creación de las Barnahus y, en los últimos diez años, más de 50 casas se han establecido en los países nórdicos, entre ellos Suecia, Noruega y Dinamarca, pero también Chipre, Polonia, Croacia, Eslovenia e Inglaterra, entre otros». Para más información, véase Home - Barnahus y Barnahus: la casa que protege a los niños y niñas | Save the Children, consultado el 16 de enero de 2025.

¹²⁶ «Las Barnahus surgen originariamente en 1998 en Reikiavik (Islandia). Allí se creó un primer centro dirigido por el sistema de protección para evaluar a los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual. Este nuevo modelo incluía una nueva herramienta: la realización de la entrevista forense con el niño o niña víctima por circuito cerrado de televisión ante un representante del ámbito judicial, lo que garantizaba que la prueba resultase válida para el juicio y se configurara como prueba preconstituida. Es un espacio que protege a la infancia más vulnerable. (...) el objetivo principal es disponer de profesionales especializados y coordinados, y agrupar en un mismo espacio todos los recursos que intervienen en un caso de abuso sexual infantil, para disminuir así la victimización de las víctimas». Cfr. Barnahus: la casa que protege a los niños y niñas | Save the Children, consultado el 16 de enero de 2025.

¹²⁷ The Lighthouse y UK's first Child Houses for young victims of sexual abuse have launched - Barnahus, consultadas el 16 de enero de 2025. Véase también sobre la *Child welfare within the United Kingdom* a JOHANSSON/STEFANSEN/BAKKETEIG/KADAL, *Justice and Recovery for victimized Children*, Palgrave Macmillan, 2024, pp. 226-242.

¹²⁸ Cfr. Home : University College London Hospitals NHS Foundation Trust, consultado el 16 de enero de 2025.

¹²⁹ Cfr. Home | Metropolitan Police, consultado el 16 de enero de 2025.

¹³⁰ Cfr. NSPCC | The UK children's charity | NSPCC, consultado el 16 de enero de 2025.

¹³¹ Y financiada por el *National Health Service (NHS)* (NHS England » About us, consultado el 16 de enero de 2025), el *North Central London Integrated Care Board* (North Central London Integrated Care Board - North Central London Integrated Care System, consultado el 16 de enero de 2025), el *Mayor's Office for Policing and Crime of London (MOPAC)* (Mayor's Office for Policing and Crime (MOPAC) | London City Hall, consultado el 16 de enero de 2025) y el *Crown Prosecution Service* (The Crown Prosecution Service | The Crown Prosecution Service, consultado el 16 de enero de 2025).

¹³² Sobre la implantación del modelo Barnahus en Londres a través de la *Lighthouse*, véase HAREWOOD, *The Journey to The Lighthouse, a holistic service for children who have experienced child sexual abuse*, Russell House Publishing, 2020.

Promise¹³³, que se sustentan en cuatro principios¹³⁴: primero, que se evite la revictimización de la niña, niño o adolescente; segundo, que no existan demoras indebidas durante las entrevistas, evaluaciones y todas las demás intervenciones; tercero, que el interés superior del niño, niña o adolescente sea la principal consideración en todas las acciones; y, cuarto, que la víctima tenga derecho a ser escuchada y a recibir información durante todo el proceso.

Su ámbito territorial de aplicación es aún muy reducido, pues de momento solo está disponible para la población de una parte de Londres (en concreto, de Barnet, Camden, Enfield, Haringey e Islington¹³⁵).

En cuanto al ámbito de aplicación subjetivo y objetivo, se trata de un servicio multiinstitucional para niños, niñas y adolescentes de entre 0 y 18 años, así como para personas hasta 25 años con discapacidad necesitadas de especial atención, que han sufrido cualquier forma de agresión o abuso sexual¹³⁶, incluida la explotación sexual¹³⁷.

La *Lighthouse* tiene como finalidad principal la protección integral de estas víctimas, poniendo a su abasto todos los servicios y profesionales necesarios que se coordinan entre sí en beneficio del bienestar del menor. En concreto, se les presta apoyo médico, asesoramiento legal, asistencia social, policial y terapéutica desde un mismo lugar, pudiendo seguir todo el proceso judicial desde la *Lighthouse*.

En este contexto, debemos recordar que en Inglaterra y Gales existe un sistema penal acusatorio que se regula para niños, niñas y adolescentes en la citada *Youth Justice Criminal Evidence Act* 1999 lo que significa que *The Lighthouse* ha tenido que promover y aplicar los principios básicos del modelo Barnahus dentro de los límites de un sistema acusatorio¹³⁸. Siendo esto así, inevitablemente las víctimas tendrán que realizar una primera entrevista durante la investigación policial y enfrentarse, en un momento posterior, al contrainterrogatorio, ya sea pregrabado o en el momento del juicio a través de *live link* (s. 24). Partiendo de esta premisa, *The Lighthouse* ofrece la posibilidad que a las víctimas se les puedan aplicar las medidas especiales previstas a las secciones 24, 27 y 28 de la YJCEA desde la *Talking Room* de la *Lighthouse*, sin necesidad de desplazarse a los otros servicios, como la comisaría o el tribunal, con las siguientes dos especialidades:

¹³³ Los estándares Barnahus se basan en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación sexual y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote, disponible en Lanzarote Convention - Children's Rights, consultado el 12 de noviembre de 2024) y en la implantación de buenas prácticas en toda Europa para establecer servicios de justicia y bienestar adaptados a los niñas, niños y adolescentes. Cfr. The PROMISE Barnahus Quality Standards - Barnahus, consultado el 12 de noviembre de 2024.

¹³⁴ Asimismo, se señalan en HAREWOOD, *The Lighthouse Annual Report 2020-2021*, p. 18. Disponible en: *Lighthouse-Annual-Report-2020-2021.pdf*, consultado el 11 de noviembre de 2024.

¹³⁵ The Lighthouse. Asimismo, véase PARKER/READ/SCRAGG/DAWSON, *The Lighthouse: Final evaluation report, MOPAC Evidence and Insight*, 2021, p. 10. Disponible en: *childhouse_june_2021_final_evaluation_report_for_publication (1).pdf*, consultado el 11 de noviembre de 2024; y JOHANSSON/STEFANSEN/BAKKETEIG/KADAL, *Justice and Recovery for victimized Children*, Palgrave Macmillan, 2024, p. 25.

¹³⁶ Protecting children from sexual abuse | NSPCC Learning, consultado el 12 de noviembre de 2024.

¹³⁷ Protecting children from sexual exploitation | NSPCC Learning, consultado el 12 de noviembre de 2024.

¹³⁸ HAREWOOD, *The Lighthouse Annual Report 2020-2021*, p. 18. Sobre el sistema acusatorio en el *common law*, véase JIMENO BULNES, «El proceso penal en los sistemas del *common law* y *civil law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 2013.

En primer lugar, respecto de las *video recorded interview (evidence in chief)*, la *Lighthouse* dispone de un psicólogo clínico que se encarga de realizar la entrevista inicial que tiene lugar durante la investigación penal para lograr la mejor evidencia (ABE), con el apoyo de un oficial de policía, en la *Talking Room*. De esta manera, se anteponen las necesidades emocionales del menor para reducir la retraumatización y, al mismo tiempo, se consigue un mejor resultado y calidad de la entrevista a fin de que sirva, en su momento, como prueba¹³⁹.

Y, en segundo lugar, en cuanto al contrainterrogatorio, existen dos posibilidades de aplicación en la *Lighthouse*: por un lado, realizar la *cross-examination* mediante *live link* en el momento del juicio, es decir, el menor es interrogado en directo a través de videoconferencia el día del juicio, en virtud de la medida especial prevista en la sección 24 YJCEA, cuando por alguna razón no se haya aplicado la sección 28 YJCEA; y, por el otro, efectuar una *prerecorded cross-examination* anticipadamente, esto es, antes de la fecha del juicio. Esta segunda opción de contrainterrogatorio se implanta como novedad en la *Lighthouse* a partir de noviembre de 2021¹⁴⁰, y por esta razón pasamos a analizarla.

La *prerecorded cross-examination* tiene lugar ante el *Crown Court* correspondiente meses antes del juicio. El interrogatorio se desarrolla en dos sitios a la vez: el primero, en la *Talking Room* de la *Lighthouse*, donde se encuentra el menor víctima, y en su caso, el intermediario registrado y la persona de apoyo (*supporter*); y el segundo, en la sala del tribunal, donde están el juez, los abogados (*barristers*) y el acusado.

Se prevé la posibilidad que antes del interrogatorio propiamente dicho se realice una reunión previa con el Juez y los abogados de las partes, con el objetivo de que el menor pueda tener contacto con ellos previamente a la realización del contrainterrogatorio desde la *waiting room*, y se sienta más cómodo en el momento de la *cross-examination*.

Realizada la anterior reunión se pasa, seguidamente, al desarrollo de la *prerecorded cross-examination*. El interrogatorio tiene lugar en la *Talking Room* de la *Lighthouse* en la que se dispone de un enlace de video con el tribunal. Este enlace es a través de una TV con cámara incorporada. El menor ve al juez y a los *barristers*, que se encuentran en la sala del juzgado, en la pantalla de la TV a través de la cual se realizará el contrainterrogatorio y, además, se visualiza a sí mismo en la parte superior de la pantalla. Cabe tener en cuenta que el menor no puede ver al acusado a través de la pantalla, aunque se encuentra también en la sala del juzgado¹⁴¹. Por tanto, que se trata de una videollamada, en la que el tanto el juez como los representantes legales de las partes interactúan con el menor haciéndole las preguntas que consideran convenientes. Si bien es cierto

¹³⁹ El hecho de realizar la entrevista ABE en la *Lighthouse* beneficia a los menores que se ven inmersos en el proceso judicial y así, por ejemplo, se reconoce por parte de menores que han sido preguntados sobre ello: «*One young person shared her experience of undertaking her ABE interview at the Lighthouse, and reflected extremely positively on the difference this had made, compared to when she had done another ABE (related to another incident) at a police station*», vid. BECKETT/SOARES/WARRINGTON, 'There's something there for everyone' *Learning about the Lighthouse: Young people's perspectives on London's Child House, Mayor of London, Office of Policing and Crime*, 2022, p. 40. Disponible en: [learning-about-the-lighthouse-report-16-02-22_final.pdf](#), consultado el 12 de noviembre de 2024.

¹⁴⁰ Para ayudar a las víctimas a comprender el proceso de la sección 28 que se ofrece en un sitio en remoto, como *Lighthouse*. El equipo de defensa de *Lighthouse* diseñó una Guía para testigos menores. Esta guía explica cómo llegar a *Lighthouse*, qué sucederá en este lugar, con quién se encontrarán y qué pasará después.

¹⁴¹ HAREWOOD, *The Lighthouse Annual Report 2020-2021*, p. 21.

que son el juez y los abogados quienes formulan las preguntas al menor, con anterioridad, en la audiencia de la *Grounds Rules Hearings*, se permite que se hayan acordado un conjunto de preguntas en un lenguaje adaptado al niño, niña o adolescente¹⁴².

Por todo lo anterior, podemos afirmar que en la actualidad en la *Lighthouse* pueden llevarse a cabo tanto la *video recorded interview (evidence in chief)* como la *prerecorded cross-examination* a los menores que se ven inmersos en un proceso penal por ser víctimas de violencia sexual en el centro norte de Londres.

El servicio es valorado por parte de los usuarios como un avance positivo en la protección de este tipo de víctimas¹⁴³.

Sin embargo, tras el análisis del modelo Barnahus en el sistema anglosajón, detectamos una doble problemática: por un lado, el escaso ámbito territorial que abarca, llegando a un número muy reducido de menores víctimas de esta tipología de delitos; y, por el otro, a pesar de que ambas declaraciones (la entrevista inicial con la policía y el posterior contrainterrogatorio pregrabado) pueden realizarse desde las dependencias de la *Lighthouse*, siguen siendo dos las declaraciones que deben hacer los menores. Por lo que, en nuestra opinión, en Reino Unido, aunque están avanzando en la dirección correcta, aún tienen un largo camino por delante.

5. A modo de conclusión: lecciones a aprender en España de la experiencia inglesa ¿o no?

Como es bien sabido, en el ordenamiento jurídico español, una de las medidas estrella para la protección de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran inmersos en un proceso penal como víctimas o testigos, en aras de evitar su victimización secundaria, es la prueba preconstituida¹⁴⁴. A pesar de que los tribunales de justicia la iban utilizando, esta medida fue introducida como obligatoria para menores de 14 años en 2021 por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y adolescencia contra la violencia (LOPVI)¹⁴⁵, que introduce los arts. 449 bis y ter en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El éxito de esta medida, en relación con los menores víctimas de delitos sexuales, está directamente relacionado con la entrada en escena del modelo Barnahus. Así, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual y su reforma de 2023 (LOGILS)¹⁴⁶, en su art. 35 prevé, conforme a la atención integral de las víctimas, que las

¹⁴² HAREWOOD, *The Lighthouse Annual Report 2020-2021*, p. 19.

¹⁴³ Así se señala como resultado de un estudio con víctimas usuarias del servicio de la *Lighthouse*: BECKETT/SOARES/WARRINGTON, *'There's something there for everyone' Learning about the Lighthouse: Young people's perspectives on London's Child House*, Mayor of London, Office of Policing and Crime, pp. 48-49.

¹⁴⁴ A mayor abundamiento me remito a mis trabajos: CASANOVA MARTÍ, «Aplicabilidad práctica de la prueba preconstituida: especial atención al contexto Barnahus», en *Propuestas para la protección jurídica y social de la infancia y de las mujeres víctimas de violencia de género*, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 231-268; y «La prueba preconstituida como mecanismo de protección de las personas menores de edad víctimas de violencia sexual en el proceso penal a la luz del nuevo art. 449 ter LECrim», *Revista Vasca de Derecho Procesal*, 2, 2022, pp. 77-91.

¹⁴⁵ BOE-A-2021-9347 Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Fecha de consulta: 5 de diciembre de 2024.

¹⁴⁶ BOE-A-2022-14630 Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Fecha de consulta 3 de diciembre de 2024.

administraciones públicas promoverán el derecho a la asistencia integral especializada y accesible mediante la disponibilidad de una serie de servicios, entre los cuales se encuentran (35.1.d) los: «Servicios de atención especializada a niñas y niños víctimas de violencias sexuales: servicios adaptados y adecuados a sus necesidades, que proveen asistencia psicológica, educativa y jurídica, y que se constituyen en el lugar de referencia para las víctimas, al que se desplaza el conjunto de profesionales intervinientes en los procesos asistenciales y judiciales». En este precepto el legislador se está refiriendo a la Barnahus, en tanto que centro de atención integral de los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual. Este modelo fue introducido en Cataluña en 2020 y, en la actualidad, ha sido implantado, en este territorio, con éxito¹⁴⁷, y se está expandiendo a nivel estatal¹⁴⁸.

En este contexto, y una vez finalizado el estudio de las medidas especiales inglesas *video recorded interview* y *prerecorded cross-examination*, así como del modelo *The Lighthouse*, consideramos que estamos en condiciones de realizar un análisis comparativo de estas medidas con las que acabamos de señalar del ordenamiento jurídico español para, en última instancia, exponer las lecciones que podemos aprender en España de la experiencia inglesa.

En primer lugar, traemos a colación los puntos que creemos que son mejores en el ordenamiento jurídico español:

1. La prueba preconstituida se realiza en un solo momento. En España los menores de 14 años víctimas de delitos sexuales son interrogados solo una vez en la práctica de la prueba preconstituida durante la fase de instrucción. En esta declaración se cumple con el principio de contradicción y se respeta el derecho de defensa, por estar presentes, al margen del personal técnico encargado de realizar la entrevista y preguntas al menor, el juez de instrucción, los abogados y el acusado. Siendo esto así, el menor no tiene que asistir al juicio. Sin embargo, en Inglaterra y Gales, el menor declara un mínimo de dos veces, la primera en el marco de la declaración ante la policía (*video recorded interview*) en la fase de investigación, y la segunda, en el contrainterrogatorio ante el juez, abogados y acusado (*prerecorded cross-examination*) antes del juicio.
2. Las entrevistas forenses con las personas menores víctimas de delitos sexuales las realizan un psicólogo y un trabajador social. En Cataluña son miembros del equipo de asesoramiento técnico penal (EATP¹⁴⁹). En concreto, el equipo técnico se encuentra en la sala donde está el menor para ser entrevistado, y son los que interactúan con éste en

¹⁴⁷ La xarxa Barnahus ha atès 1.450 casos de vio... - Govern.cat. Fecha de consulta el 2 de diciembre de 2024. Véase también el ACORD GOV/157/2022, de 26 de juliol, pel qual s'aprova l'estratègia Barnahus per a l'abordatge integral dels abusos sexuals contra la infància i l'adolescència a Catalunya:

ACORD GOV/157/2022, de 26 de juliol, pel qual s'aprova l'estratègia Ba (gencat.cat). Fecha de consulta el 4 de diciembre de 2024. De hecho la Barnahus número 14 abrió sus puertas en octubre de 2024: L'obertura de la Barnahus del Prat de Llobre... - Govern.cat. Fecha de consulta el 4 de diciembre de 2024.

¹⁴⁸ Así, por ejemplo, sucede en la Comunidad de Madrid: Intervención en violencia sexual hacia la infancia y la adolescencia | Comunidad de Madrid, consultado el 02 de mayo de 2025. Asimismo, *cfr.* Hoja de ruta autonómica para la implementación del modelo Barnahus en las comunidades y ciudades autónomas españolas, Ministerio de Juventud e Infancia, Gobierno de España, 24 octubre 2024. Disponible en <https://rm.coe.int/barnahus-espana-hoja-de-ruta-autonomica/1680b21ccc>, fecha de consulta 27 de enero de 2025.

¹⁴⁹ Son equipos del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya formados por psicólogos y trabajadores sociales, especializados en el ámbito judicial, victimológico y forense. *Vid.* Justícia publica un guia per a pares amb fil... - Govern.cat, consultado el 28 de enero de 2025.

todas las fases de la entrevista, esto es, tanto en el relato libre como en las preguntas. El equipo técnico está en comunicación con el juez instructor, quien se encuentra en la sala del juzgado junto con los abogados y el acusado, que pueden visualizar en todo momento la declaración del menor a través de una pantalla y hacer las preguntas que consideren a través del equipo técnico, quiénes se las plantearán al menor. En cambio, en el sistema inglés quien realiza el contrainterrogatorio son el juez y los abogados directamente, si bien puede acordarse la intervención de un intermediario.

3. El menor no ve al juez ni a los abogados durante la prueba preconstituida. Otro dato relevante es que durante la práctica de la prueba preconstituida el menor en ningún momento ve ni al juez, ni a los abogados, ni por supuesto, al acusado; a diferencia de lo que sucede en Inglaterra y Gales que el menor debe interactuar con ellos (a excepción del acusado), durante la *cross-examination*, si bien a través de videoconferencia.
4. Extensión del modelo Barnahus. Respecto de la Barnahus, y su modelo de protección integral de los menores víctimas de delitos sexuales en España, destacamos que se encuentra implantado en todo el territorio de la comunidad autónoma de Catalunya, con la existencia en la actualidad de 14 centros Barnahus. Así mismo, como acabamos de señalar, este modelo está en fase de expansión a nivel estatal. En cambio, *The Lighthouse* tiene un escaso ámbito de aplicación territorial en Inglaterra y Gales, estando el servicio solo disponible para los menores víctimas de delitos sexuales del norte de Londres.

A pesar de los puntos fuertes detectados en nuestra regulación, ¿qué podemos aprender en España de la experiencia inglesa? A continuación, exponemos cinco propuestas de mejora para nuestro ordenamiento jurídico basadas en el sistema anglosajón:

1. Ampliación del ámbito objetivo de aplicación de la prueba preconstituida. Las medidas previstas en las secciones 27 y 28 YJCEA son aplicables a todos los *child witness* con independencia del delito que se esté investigando. En cambio, en España la prueba preconstituida está sujeta al ámbito objetivo de aplicación del art. 449 ter LECrim que, si bien es bastante amplio, se trata de un *numerus clausus*. En concreto, se puede preconstituir la prueba cuando el proceso penal tenga por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo. Entendemos que, siguiendo la experiencia inglesa, sería positivo generalizar el ámbito objetivo de aplicación de la prueba preconstituida.
2. Ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la prueba preconstituida. En Inglaterra y Gales se aplican las *special measures* relativas a la *video recorded interview* y la *prerecorded cross-examination*, por un lado, a todos los testigos vulnerables que son personas menores de 18 años y personas con algún tipo de discapacidad; y, por el otro, a una parte de los testigos intimidados previstos en la sección 17 (4) YJCEA, que son las víctimas adultas de delitos sexuales, esclavitud, trabajo forzoso u obligatorio y trata de personas. Además, resulta relevante resaltar que está en fase de pruebas su aplicación a las víctimas adultas de violencia doméstica. En cambio, el art. 449 ter LECrim solo prevé la obligatoriedad de preconstituir la prueba a los menores de 14 años y personas con

discapacidad necesitadas de especial atención, dejando al margen a los menores entre 15 y 18 años, quiénes están sujetos a la decisión del juez competente en virtud del art. 449 bis LECrim, y ninguna opción a las víctimas mayores de edad. En nuestra opinión, siguiendo la línea del derecho inglés, debería valorarse la posibilidad de ampliar el ámbito subjetivo de aplicabilidad de la prueba preconstituida a las víctimas adultas de delitos sexuales y plantearse la posibilidad de hacer lo mismo con las víctimas adultas de violencia de género.

3. Intervención del *interview supporter* durante la práctica de la prueba preconstituida. En el *Victim's Code* (derecho 2.5) del ordenamiento jurídico inglés se reconoce expresamente el derecho de la víctima a ser acompañado por una persona de su elección durante la entrevista con la policía. Ello no se prevé durante la práctica de la prueba preconstituida en España y entendemos que sería positivo para las víctimas menores de edad que durante su declaración pudieran ser acompañados por un adulto de su confianza para sentirse más seguras y cómodas.
4. Guía *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings* y *Criminal Practice Directions*. El desarrollo exhaustivo existente en Inglaterra y Gales de la *video recorded interview* en la guía *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings* y la *prerecorded cross-examination* en la *Criminal Practice Directions* nos parece trascendental para el correcto funcionamiento de estas dos medidas especiales en los procesos penales ingleses. En esta línea, resultaría positivo en España la publicación de una guía integral común de desarrollo de la prueba preconstituida en los órganos judiciales españoles destinada a todos los operadores jurídicos que intervienen en la misma, incluidos los testigos¹⁵⁰.
5. El *refreshing memory*. Por último, no podemos dejar de hacer referencia al *refreshing memory* del sistema inglés, como mecanismo a través del cual el testigo puede visualizar la grabación de la entrevista ante la policía antes de ser contrainterrogado. Si bien es cierto que en nuestro ordenamiento jurídico la prueba preconstituida es registrada durante la fase de instrucción y, en principio, ya tiene validez como prueba por haberse cumplido en ese momento con el principio de contradicción, existe la posibilidad que, en algún supuesto, el menor tenga que volver a declarar en el juicio oral, ya sea porque tiene más de 14 años o más de 18 años en el momento del juicio, o porque en virtud de las circunstancias del caso el juez así lo decida (art. 449 bis LECrim). En este caso, nos planteamos la posibilidad de que este testigo tenga acceso a la grabación de la prueba preconstituida realizada en fase de instrucción.

Por todo lo expuesto, si bien en España vamos en la línea adecuada para conseguir una protección integral de los menores víctimas de violencia sexual, vemos a través del derecho comparado que existen otras medidas a explorar para mejorar nuestro sistema. Por ello, al margen de estas propuestas, no queremos finalizar este trabajo sin dejar constancia de tres flamantes novedades introducidas por la recentísima LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del

¹⁵⁰ Si bien es cierto que en España existen guías sectoriales sobre la preconstitución probatoria, a modo de ejemplo véase la guía de buenas prácticas del Ministerio de Justicia desde una perspectiva de la psicología forense, disponible en GUÍA BUENAS PRÁCTICA MINISTERIO, consultado 17 de febrero de 2025.

Servicio Público de Justicia¹⁵¹, que a buen seguro servirán para mejorar la protección de los menores que, desgraciadamente, se ven inmersos en un proceso penal como víctimas.

En primer lugar, la creación de las secciones de violencia contra la infancia y adolescencia de los nuevos Tribunales de Instancia¹⁵². En concreto, el art. 89 bis LOPJ prevé, en su apartado segundo, la creación, en el Tribunal de Instancia, de una sección de violencia contra la infancia y adolescencia, en jurisdicción a todo el partido judicial, a las que se les atribuyen, entre otros, los delitos sexuales contra menores (art. 14 LECrim). Debiendo añadir, además, que la especialización no se limita en la fase instrucción, sino que los arts. 90 y 96 LOPJ prevén la especialización también en el enjuiciamiento. Creemos que es muy necesaria la especialización de los profesionales que intervienen en procesos penales con menores víctimas, y encomiamos que el legislador lo haya generalizado a cualquier tipo de violencia.

En segundo lugar, es el mandato legislativo de la disposición adicional sexta de la LO 1/2025 a través de la cual el Consejo General del Poder Judicial se compromete a convocar cursos de formación especializada en materia de violencia contra la infancia y adolescencia y otras materias para jueces y magistrados, sustitutos, miembros del Ministerio Fiscal y equipos técnicos¹⁵³.

Por último, destacamos la introducción de la disposición adicional octava a la LECrim relativa a los procesos con víctimas menores de edad. En ella se prevé que los procesos penales en los que esté involucrado como víctima una persona menor de edad sean de tramitación preferente. Ello contribuirá, sin duda, a la reducción de la victimización secundaria por disminuirse la duración de los procesos penales que tengan como víctima una persona menor de edad.

En definitiva, aplaudimos las reformas realizadas en este ámbito por nuestro legislador, sin embargo, para conocer su alcance, no podemos dejar de ser cautelosos y estar atentos a su efectiva implementación práctica.

6. Bibliografía

ANDREWS, Samantha J./ HENDERSON, Hayden M./ LAMB, Michael E., *Examining children in English High Courts with and without implementation of reforms authorized in Section 28 of the Youth Justice and Criminal Evidence Act*, 2019. Disponible en: [Examining children in English High Courts with](#)

¹⁵¹ Vid. BOE-A-2025-76 Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia., fecha de consulta: 7 de enero de 2025.

¹⁵² Si bien existe un plan piloto en Canarias. Vid.: *Abre en Canarias el primer Juzgado de Violencia contra la Infancia de España*: Abre en Canarias el primer Juzgado de Violencia contra la Infancia de España | CGPJ | Poder Judicial | Tribunales Superiores de Justicia | TSJ Canarias | Oficina de Comunicación | Archivo de notas de prensa. Fecha de consulta 5 de diciembre de 2024. A mayor abundamiento, véase la guía de actuación del juzgado piloto de violencia contra la infancia y la adolescencia del Partido Judicial de Las Palmas de Gran Canaria. Disponible en: 1680aa37b3. Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2024.

¹⁵³ Sobre la reciente aprobación de la LO 1/2025, de 2 de enero y las modificaciones en las diferentes leyes procesales véase: MAGRO SERVET, «Constitución y competencia de los Tribunales de Instancia en las secciones de violencia sobre la mujer y de violencia contra la infancia y adolescencia», Diario La Ley, Doctrina, 9 de diciembre de 2024, p. 21. Disponible en: [diariolaley](#) - Documento, consultado el 9 de enero de 2025; y, Dossier Legislativo de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, vLex, núm 1-2025, enero 2025. Disponible en: [Dossier Legislativo de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia - Núm. 1-2025, Enero 2025 - Dosieres Legislativos vLex - Libros y Revistas - VLEX 1062698356](#), consultado el 9 de enero de 2025.

and without implementation of reforms authorized in Section 28 of the Youth Justice and Criminal Evidence Act - CORE.

AZMEH, Umar, «Commentary of Court of Appeal (Criminal Division): Dame Victoria Sharp P, Fraser and Hill JJ: 19 July 2022; [2022] EWCA Crim 988», *The Criminal Law Review*, 2023, pp. 168-171.

BECKETT, Helen/SOARES, Claire/WARRINGTON, Camille, '*There's something there for everyone*' *Learning about the Lighthouse: Young people's perspectives on London's Child House*, 2022. Disponible en: [learning-about-the-lighthouse-report-16-02-22_final.pdf](#).

BRICH, Diane/LENG, Roger, *Blackstone's Guide to the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*, Blackstone Press Limited, 2001.

CAMPBELL, Liz/ASHWORTH, Andrew/REDMAYNE, Mike, *The Criminal Process* (5^a ed.), Oxford University Press, 2018.

CASANOVA MARTÍ, Roser, «Aplicabilidad práctica de la prueba preconstituida: especial atención al contexto Barnahus», en *Propuestas para la protección jurídica y social de la infancia y de las mujeres víctimas de violencia de género*, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 231-268.

CASANOVA MARTÍ, Roser, «La prueba preconstituida como mecanismo de protección de las personas menores de edad víctimas de violencia sexual en el proceso penal a la luz del nuevo art. 449 ter LECrim», *Revista Vasca de Derecho Procesal*, 2, 2022, pp. 77-91.

CERRATO, Elisabet, «¿Por qué es difícil probar la violencia de género? Revisión crítica de la realidad práctica para la solución del conflicto», en *Propuestas para la protección jurídica y social de la infancia y de las mujeres víctimas de violencia de género*, Tirant lo Blanch, 2025.

DAVIES, Graham M./WESTCOTT, Helen L., *Interviewing Child Witnesses under the Memorandum of Good Practice: A research review, Police Research Series Paper 115*, 1999. Disponible en: [040. Research Review of the Memorandum of Good Practice.pdf](#).

GREVLING, Katharine, *Blackstone's Statutes on Evidence*, Oxford University Press, 2023.

HAREWOOD, Emma, *The Journey to The Lighthouse, a holistic service for children who have experienced child sexual abuse*, Russell House Publishing, 2020.

HAREWOOD, Emma, *The Lighthouse Annual Report 2020-2021*, 2022. Disponible en: [Lighthouse-Annual-Report-2020-2021.pdf](#).

HENDERSON, Hayden Maria, *An Evaluation of English Crown Courts with and without Special Measures Implemented in Section 28 of the Youth Justice and Criminal Evidence Act*, Christ's College, University of Cambridge, 2019. Disponible en: [An Evaluation of English Crown Courts with and without Special Measures Implemented in Section 28 of the Youth Justice and Criminal Evidence Act](#).

HENDERSON, Hayden Maria, Pre-recoding Children Testimony: effects on case progression, *Criminal Law Review*, Issue 5, 2017.

HUNGERFORD-WELCH, Peter, *Criminal Practice Directions 2023*, *The Criminal Law Review*, 2023, pp. 581-590.

KYNESWOOD, Natalie, *Is Pre-recorded Cross-examination (YJCEA 1999, s. 28) Achieving Best Evidence in Sex Offence Cases?*, 2023. Disponible en: *Is Pre-recorded Cross-examination (YJCEA 1999, s. 28)*.

JIMENO BULNES, Mar, «El proceso penal en los sistemas del *common law* y *civil law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI», en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 2013.

JOHANSSON, Susanna/STEFANSEN, Kari/BAKKETEIG, Elisiv/KADAL, Anna, *Justice and Recovery for victimized Children*, Palgrave Macmillan, 2024.

LAW, Jonathan, *A Dictionary of Law* (10^a ed.), Oxford University Press, 2022.

MARGO SERVET, Vicente, «Constitución y competencia de los Tribunales de Instancia en las secciones de violencia sobre la mujer y de violencia contra la infancia y adolescencia», *Diario La Ley*, Doctrina, 9 de diciembre de 2024, p. 21. Disponible en: *diariolaley* - Documento.

PARKER, Rachael/READ, Tim/SCRAGG, Alexander/DAWSON, Paul, *The Lighthouse: Final evaluation report*, MOPAC Evidence and Insight, 2021.

RADCLIFFE, Pamela/GUDJONSSON, Gisli H., *Witness Testimony in sexual cases: evidential, investigative and scientific perspectives*, Oxford University Press, 2016.

RIDLEY, Anne Margaret/VAN RHEEDE, Vedran/WILCOCK, Rachel, *Interviews, intermediaries and interventions: Mock Jurors', police officers' and barristers' perceptions of a child witness interview*, iIIRG's journal, *Investigative Interviewing: Research and Practice*, 2015. Disponible en: (PDF) Interviews, intermediaries and interventions: Mock-jurors', police officers' and barristers' perceptions of a child witness interview.

ROBERTS, Paul/ZUCKERMAN, Adrian, *Criminal Evidence*, Oxford University Press, 2022, pp. 500-521.

WARD, Daisy/PEHKONEN, Irina/MURRAY, Molly, *Process evaluation of Section 28 Evaluating the use of pre-recorded cross-examination (Section 28) for intimidated witnesses*, Ministry of Justice, 2023, pp. 5-6. Disponible en *Process evaluation of Section 28*.

Briseida Sofía Jiménez-Gómez
Universidad Complutense de
Madrid

-

Transnational Data Transfers under GDPR: a Look Insight the Latest Agreement with the United States

Abstract

-

Processing of personal data of European Union citizens and residents by U.S. companies has been marked by constant challenges. A noteworthy development was the publication of an adequacy decision by the European Commission on 10 July 2023 with respect to personal data transfers from the European Union to the United States. This new agreement is named the EU-US Data Privacy Framework, which in principle responds to the legal concerns raised by the Court of Justice of the European Union in the landmark case Schrems II, that invalidated the Privacy Shield decision. This paper addresses the legal risks for data transfers from the European Union to the United States, considering the new agreement between the EU Commission and the United States. It is crucial to assess whether this data privacy framework involves a paradigm shift with regard to the EU citizens and residents' rights since the most prominent technology companies operating in the European Union are based in the United States. The first periodic review carried out by the EU Commission (9 October 2024) and the European Data Protection Board Report on the first review (4 November 2024) are included in the analysis to demonstrate the shortcomings of the EU-U.S. Data Privacy Framework.

Sumario

-

El tratamiento de datos personales de ciudadanos y residentes de la Unión Europea por parte de empresas estadounidenses ha estado marcado por constantes desafíos. Un avance notable fue la publicación de una decisión de adecuación por parte de la Comisión Europea el 10 de julio de 2023 con respecto a las transferencias de datos personales de la Unión Europea a los Estados Unidos. El nuevo acuerdo se denomina Marco de Privacidad de Datos UE-EE. UU. y, en principio, responde a las preocupaciones jurídicas planteadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el famoso caso Schrems II, que anuló la decisión de adecuación previa (el Escudo de privacidad). Este artículo aborda los riesgos jurídicos de las transferencias de datos de la Unión Europea a los Estados Unidos, teniendo en cuenta el nuevo acuerdo entre la Comisión Europea y los Estados Unidos. Resulta fundamental evaluar si el nuevo marco de protección de datos consiste en un cambio de paradigma para el respeto de los derechos de los ciudadanos y residentes de la Unión Europea, ya que las empresas tecnológicas más importantes que operan en la Unión Europea tienen su sede en los Estados Unidos. Se incluyen en el análisis tanto el informe de la primera revisión periódica llevada a cabo por la Comisión de la UE (9 de octubre de 2024) como el informe del Comité Europeo de Protección de Datos sobre la primera revisión (4 de noviembre de 2024) para demostrar las deficiencias del Marco de Privacidad de Datos UE-EE.UU.

Título: Transferencias transnacionales de datos bajo el RGPD: una mirada al último acuerdo con Estados Unidos

-

Keywords: EU-U.S. Data Privacy Framework, surveillance, privacy, data protection, fundamental rights, adequacy decision

Palabras clave: *Marco de Privacidad UE-EE.UU, vigilancia, intimidad, protección de datos, derechos fundamentales, decisión de adecuación*

-

DOI: 10.31009/InDret.2025.i3.17

3.2025

Recepción

30/07/2024

-

Aceptación

13/05/2025

-

Índice

-

1. Context

1.1. Introduction

1.2. The Court of Justice judgment on Schrems I

a. Start

b. Essentially equivalent protection

c. Result: Safe Harbour invalidation

1.3. The Court of Justice judgment on Schrems II

a. Scope of the GDPR

b. Standard contractual clauses

c. Result: Privacy Shield invalidation

2. Mechanisms to transfer personal data beyond the EU

2.1. The GDPR framework

2.2. The EU-U.S. Data Privacy Framework

a. The EU Commission press announcement

b. Preliminary criticism

3. The Commission adequacy Decision 2023/1795

3.1. Formal issues

3.2. Searching for equivalent protection

a. Data protection and privacy relationship

b. U.S. law modifications

A. Safeguards for U.S. Signals Intelligence Activities

B. Data Protection Review Court composition

C. The Civil Liberties Protection Officer

D. The special advocate

E. The Data Protection Review Court intervention

F. Result on redress mechanism for unlawful surveillance

c. Redress options for commercial matters

3.3. Zooming on selected data protection issues in the U.S.

a. State privacy law

b. U.S. law progress in automated processing

c. Lack of general federal law on data privacy

d. Standing before the U.S. Supreme Court

e. Government's assertions of secrecy

4. The European institutions voice

4.1. Before passing the adequacy Decision

a. The European Parliament opinion

b. The European Data Protection Board opinion

4.2. First review assessment of the adequacy Decision

a. The European Commission report

b. The European Data Protection Board opinion

5. Conclusion

6. Bibliography

-

1. Context*

1.1. Introduction

The harmonization process within the EU relied on the free flow of personal data to foster growth. Directive 45/95/EC¹ was the first step in the European Union to harmonize personal data protection, and it implied that the level of protection of personal data increased because many of the EU Member States did not previously have a data protection regime. Therefore, data flows cannot be an impediment within the EU because one of the main economic objectives was creating a market Union.

The General Data Protection Regulation (EU) 2016/679² implied a step further in the harmonization process, creating a directly applicable instrument in every Member State. The Directive idea continues with the GDPR, which is enhancing a uniform and high level of protection of natural persons and eliminating obstacles to circulation of personal data within the Union. The GDPR establishes free circulation of personal data within the geographical space of the EU (and the EEA)³. However, as the GDPR does not need a transposition on national legislation, if a EU controller transfers personal data to a processor in a non-EU country, EU law applies directly to data controllers and data processors⁴. It was suggested that that data flows should be the fifth freedom of the internal market⁵. In this way, the Regulation EU 2018/1807 enhances the principle of free flow of data within the EU/EEA territory with regard to non-personal data⁶.

* Part of this paper was presented at the Luxembourg Centre of European Law of the University of Luxembourg on 22 July 2024 during my visiting research period. ORCID 0000-0003-0862-8188, Profesora Titular (ac) de Derecho Mercantil, Universidad Complutense de Madrid. ICEI Member. LL.M. College of Europe, Postdoctorate Harvard Law School. This work has been carried out within the framework of the national Spanish research project PID2023-147982OB-I00, «Simplificación y digitalización de los procesos de movilidad y reestructuración societaria». I would like to thank the external reviewers of *Indret* for their comments, which I have incorporated into the final version. All websites have been last visited on 13.05.2025.

¹ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, OJ 1995 L 281/31.

² Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ 2016 L 119/1.

³ General Data Protection Regulation, Art. 1(3).

⁴ See Moerel, Lokke, *Binding Corporate Rules*, Corporate Self-Regulation of Global Data Transfers, Oxford University Press, 2012, pp. 46-47, discussing some differences between the Directive and the GDPR.

⁵ See, Press release, *Free flow of non-personal data: Parliament approves EU's fifth freedom*, 4.10.2018, available at <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20180926IPR14403/free-flow-of-non-personal-data-parliament-approves-eu-s-fifth-freedom>; AKKERMANS, Bram, «The Influence of the Four (or Five) Freedoms on Property Law», in VAN ERP, Sjeff and ZIMMERMANN, Katja (eds.), *Research Handbook on European Union Property Law*, Northampton, Edward Elgar Publishers, 2023, SSRN version, p. 7, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4232332

⁶ Regulation (EU) 2018/1807 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union (Text with EEA relevance.), PE/53/2018/REV/1, OJ L 303, 28.11.2018.

The GDPR model has been successful internationally, specifically the GDPR crosses European borders when third states decide to regulate personal data protection using EU law as a model⁷. Moreover, the data controller cannot choose which set of rules is applicable as this is a consequence on an inelastic market dominated by the «Brussels Effect»⁸. However, the GDPR model is within the framework of a specific international organization with a common political interest. Data protection means not only limiting access to personal information, so that citizens maintain the right to the information they want to show about themselves, but data protection is concerned with ensuring that data flows properly within the EU and abroad⁹. On the one hand, very high data protection can excessively restrict economic activities and trade¹⁰. On the other hand, lack of data protection or very weak protection can create negative effects in the market that affect consumer confidence. That is why the material scope of the GDPR is vast, including processing of personal data wholly or partly by automated means, and processing of personal data which form part of a filing system or are intended to form part of a filing system¹¹.

Besides, personal data located on EU territory seems to dictate control, because the GDPR restricts transfer of data outside the EU if appropriate safeguards are not in place¹². The GDPR expands its territorial scope beyond the EU under the idea that data protection is a fundamental right that must continue, regardless of where personal data is processed. Indeed, legal protection follows the data that has been included under the principle of personality¹³. One of the objectives of regulating cross-border data flows is to promote social and economic values¹⁴. Despite this, the EU Charter of Fundamental Rights does not mention the regulation of cross-border data flows, but rather refers to the «essence» of fundamental rights and freedoms¹⁵. The Court of Justice of the European Union has confirmed that the high level of protection of natural persons guaranteed by the GDPR is not undermined abroad, especially the protection of personal data relating to natural persons who are citizens or residents in the EU, in accordance with article 44 of the GDPR, and the EU Charter of Fundamental Rights¹⁶.

⁷ GREENLEAF, Graham, « 'European' Data Privacy Standards Implemented in Laws Outside Europe », *Privacy Laws and Business International Report*, 2017, vol. 149, no. 1, pp. 21-23, UNSW Law Research Paper No. 18-2, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3096314>.

⁸ Bradford, Anu, *The Brussels Effect: How the European Union Rules de World*, Oxford University Press, 2020, p. 142.

⁹ NISSENBAUM, Helen, *Privacy in Context: Technology, Policy, and The Integrity of Social Life*, Stanford University Press, 2010, pp. 2-3.

¹⁰ See CHANDER, Anupam, SCHWARTZ, Paul M., «Privacy and/or Trade», *University Chicago Law Review*, vol. 90, issue 1, 2023, pp. 49-135, p. 70: «Bracketing privacy allowed regulatory space for a country to provide privacy protections, but only if these safeguards did not unduly interfere with trade».

¹¹ See GDPR, article 2 (1).

¹² See GDPR, article 46.

¹³ See KUNER, Christopher, *Transborder Data Flows and Data Privacy Law*, Oxford University Press, 2013, p. 123.

¹⁴ See *Ibid.*, p. 160.

¹⁵ See Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ 2010 C 83/389, art. 52.

¹⁶ Case C-362/14 Maximilien Schrems v. Data Protection Commissioner [2015] EU:C:2015:650 [hereinafter Schrems I]; Case C-311/18 Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Ltd, Maximilien Schrems [2020] EU:C:2020:559 [hereinafter Schrems II]. See also CJEU, Opinion 1/15, Draft Agreement Between Canada and the European Union, (26.07. 2017) EU:C:2017:592 (invalidating the Agreement between Canada and the European Union on the transfer and processing of Passenger Name Record data).

Similar restrictions for personal data are applied to EU institutions, bodies and agencies under Regulation (EU) 2018/1725 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2018 (hereinafter Regulation 2018/1725)¹⁷.

In an international context different terminology on the subject takes us into the difference between legal systems that are not European or that do not have legislation inspired by the General Data Protection Regulation and European laws. United States is one of the paradigmatic examples that has a different regulation to the European Union. Sometimes, even in legal documents, the problem of terminology arises. For example, in the latest adequacy decision of the European Commission the term «privacidad de datos» is used to translate «data privacy». However, neither under Spanish Law nor under European Law does «privacidad de datos» exist. Data protection is the correct terminology under EU law, and data protection can be included within the fundamental right of privacy. However, data protection has also been considered a fundamental right by itself. With respect to data protection beyond the European Union and to the United States, it should be noted that there are two approaches to cross-border data flows. In recent decades, the discourse has been that the United States offers a market-dominated approach, while the EU was immersed in a more protectionist policy of citizens¹⁸. Certain advances can be observed within U.S. data protection law, and mutual regulatory influences are even recognized, at least at the level of substantive law¹⁹.

This article is divided into four parts. Part 1 discusses the finding of the CJEU in two landmark cases, Schrems I²⁰ and Schrems II²¹. The CJEU invalidated the EU Commission adequacy Decision in force until the judgment that permitted to transfer safely personal data from the European Union to the United States in two occasions. The grounds that the CJEU claimed are still relevant to foresee the limits to transfer personal data from the European Union to the United States under Chapter V of the GDPR, given that Schrems announced its intention to pursue legal actions against the current adequacy Decision 2023/1795 under the EU-U.S. Data Privacy Framework (DPF)²².

Part 2 provides some legal mechanisms to transfer personal data beyond the EU like standard contractual clauses, binding corporate rules and specific derogations. These alternative mechanisms have been used for many companies in the interim period between the invalidation

¹⁷ Arts. 46-51 of the 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 (Text With EEA Relevance.) PE/31/2018/REV/1, OJ L 295, 21.11.2018.

¹⁸ REIDENBERG, Joel R., «Resolving Conflicting International Data Privacy Rules in Cyberspace», *Stan. L. Rev.*, vol. 52, 1999-2000, p. 1315 y ss., p. 1318.

¹⁹ JIMÉNEZ-GÓMEZ, Briseida Sofía, «Cross-Border Data Transfers Between the EU and the U.S.: A Transatlantic Dispute», *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 19, issue 2, 2021, pp. 1-45, pp. 8-9.

²⁰ Case C-362/14 Maximilien Schrems v. Data Protection Commissioner [2015] EU:C:2015:650 [hereinafter Schrems I]. 6.10.2015.

²¹ Case C-311/18 Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Ltd, Maximilien Schrems [2020] EU:C:2020:559 [hereinafter Schrems II]. 16.07.2020.

²² Commission Implementing Decision of 10.7.2023 pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the adequate level of protection of personal data under the EU-US Data Privacy Framework, Brussels, 10.7.2023 C(2023) 4745 final https://commission.europa.eu/system/files/2023-07/Adequacy%20decision%20EU-US%20Data%20Privacy%20Framework_en.pdf

of the Privacy Shield Decision²³ and the Data Privacy Framework Decision. Despite being an alternative mechanism, some limitations are currently present with these tools in the light of interpretation of the Schrems II case, recent national decisions on Uber and Microsoft and a new Judgment of the General Court²⁴. Part 2 also sets out a preliminary critique on the EU-U.S. Data Privacy Framework adopted by the EU Commission on 10 July 2023 as the adequacy Decision 2023/1795.

Part 3 examines several issues on the adequacy Decision 2023/1795, from formality to the new Executive Order 14086 on Safeguards for U.S. Signals Intelligence Activities established in the United States as a reaction to the Schrems II case, including the difference terminology between the EU and the U.S. It analyses the two layer mechanism to address the right to an effective remedy under article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights. The Data Protection Review Court and the Civil Liberties Protection Officer should be an effective remedy for EU data subjects under surveillance. In addition, this part also evaluates the redress options in complaint handling. Furthermore, it explores the developments in the U.S. legal system since several state privacy laws are emerging in the U.S., some of them including safeguards on automated processing. However, it also navigates the challenges and difficulties under U.S. law to be of equivalent protection under article 45 of the GDPR read in light of articles 7, 8 and 47 of the EU Charter. It discusses some legal difficulties such as the lack of a general federal privacy law, limited standing before the U.S. Supreme Court, which together with claims of government secrecy prevents citizens from obtaining effective remedies for privacy violations.

Part 4 discusses the EU institutions perspectives towards the Privacy Data Framework. The first section explores the situation before passing the adequacy Decision during the launch of its adoption process, where the European Parliament and the European Data Protection Board expressed its opinion. The second section analyses the answer of the European Commission (9 October 2024) and the European Data Protection Board (4 November 2024) on the first review of the adequacy Decision.

Part 5 concludes that the Data Privacy Framework is an improvement in comparison to the past situation (the Ombudsman mechanism, the more targeted objectives by Signal activities), but not robust enough to pass the examination of the Court of Justice of the European Union. The disadvantage is transatlantic data flows remain an unstable area with potential future impact in companies operating cross-border.

1.2. The Court of Justice judgment on Schrems I

a. Start

The effects of Snowden's revelations to the media brought the issue to a judicial level following the filing of a complaint against Facebook Ireland, a subsidiary of Facebook Inc. (the latter based in the U.S. now Meta), by Mr. Schrems, an Austrian citizen and user of the social network Facebook on 25 June 2013, in which he requested the cessation of the transfer of his personal

²³ Commission Implementing Decision (EU) 2016/1250 of 12 July 2016 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the EU-U.S. Privacy Shield (notified under document C(2016) 4176) (Text with EEA relevance), C/2016/4176, *OJL* 207, 1.8.2016.

²⁴ T-354/22 Bindl v Commission [2025] (ECLI:EU:T:2025:4) 8.01.2025.

data to the U.S.²⁵ First, the Irish supervisory authority refused to investigate the complaint made by Mr. Schrems on the grounds that it was unfounded, it was turned into an appeal before the Irish High Court and this court admitted it and refers to the CJEU. The Irish High Court considered that mass and undifferentiated accessing of personal data infringes the Irish Constitution and that the Commissioner was wrong in rejecting the complaint, given the existence of a serious doubt as to whether the United States ensures an adequate level of protection of personal data, at least on the basis of Irish law alone²⁶. Although the applicant had not formally challenged its validity, he was in fact challenging the lawfulness of the Safe Harbour regime established in Decision 2000/520/EC²⁷.

However, this case was related to the interpretation of EU law, in particular, whether Decision 2000/520 does satisfy the requirements arising from both Articles 7 and 8 of the EU Charter and from the principles enunciated by the Court of Justice in the *Digital Rights Ireland and Others* judgment²⁸. According to the High Court, Decision 2000/520 does not satisfy these requirements²⁹. Therefore, the Irish High Court submitted two preliminary questions to the CJEU as to whether, on account of Article 25(6) of Directive 95/46, the Commissioner was bound by the Commission's finding in Decision 2000/520 that the United States ensures an adequate level of protection or whether Article 8 of the Charter authorised the Commissioner to release himself, where appropriate, from such a finding³⁰.

b. Essentially equivalent protection

Schrems I constitutes the first CJEU ruling addressing the analysis of international data transfers in accordance with EU Treaties and the EU Charter of Fundamental Rights. Following the opinion of Advocate General Y. Bot, the CJEU specifies for the first time, with regard to international transfers of personal data, the concept of adequate level of protection as a formula that requires that the third country «in fact to ensure, by reason of its domestic law or its international commitments, a level of protection of fundamental rights and freedoms that is essentially equivalent to that guaranteed within the European Union by virtue of Directive 95/46 read in the light of the Charter»³¹. Otherwise, the high level of EU protection would be easily circumvented by transferring personal data to third countries for the purpose of being processed in those countries. Notwithstanding, «the word 'adequate' in Article 25(6) of Directive 95/46 admittedly signifies that a third country cannot be required to ensure a level of protection identical to that guaranteed in the EU legal order»³². The means for ensuring a high level of protection must nevertheless prove, in practice, «effective in order to ensure protection essentially equivalent to that guaranteed within the European Union»³³. And, as the level of protection in a third country

²⁵ Case C-362/14 Maximilien Schrems v. Data Protection Commissioner [6.10.2015] (ECLI:EU:C:2015:650) [hereinafter Schrems I].

²⁶ Schrems I, para. 33.

²⁷ Commission Decision 2000/520/EC of 26 July 2000 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the safe harbour privacy principles and related frequently asked questions issued by the US Department of Commerce (notified under document number C(2000) 2441), *OJ L 215*, 25/08/2000.

²⁸ Joined Cases C-293/12 and C-594/12, [6.10.2015] (ECLI:EU:C:2014:238).

²⁹ Schrems I, para. 34.

³⁰ Schrems I, para. 76.

³¹ Schrems I, para. 73.

³² *Ibid.*

³³ Schrems I, para. 74.

may evolve, it is up to the European Commission to verify regularly whether the level of protection in the country in question remains adequate³⁴. Moreover, the level of protection ensured by the third country in question must be factually and legally justified, but «such a check is required, in any event, when evidence gives rise to a doubt in that regard».³⁵

The CJEU substantiates its ruling on two essential aspects that are decisive for declaring, in the final instance, the invalidity of Decision 2000/520/EC.

First, the Safe Harbour principles³⁶ are «applicable solely to self-certified United States organisations receiving personal data from the European Union, and United States public authorities are not required to comply with them.»³⁷

Second, Decision 2000/520 lays down that «national security, public interest, or law enforcement requirements have primacy over the safe harbour principles, primacy pursuant to which self-certified United States organisations receiving personal data from the European Union are bound to disregard those principles without limitation where they conflict with those requirements and therefore prove incompatible with them.»³⁸ In this regard, it considers that the European Union Decision grants priority to the requirements of national security, public interest and compliance with U.S. law over the Safe Harbour principles, thereby incorporating a general derogation that allows for «interference» with the fundamental rights of the persons whose personal data is or could be transferred from the European Union to the United States³⁹.

Recalling the shortcomings identified by the Commission to which reference has been made previously, the CJEU held that , «legislation permitting the public authorities to have access on a generalised basis to the content of electronic communications must be regarded as compromising the essence of the fundamental right to respect for private life, as guaranteed by Article 7 of the Charter»⁴⁰.

The CJUE noted that «legislation is not limited to what is strictly necessary where it authorises, on a generalised basis, storage of all the personal data of all the persons whose data has been transferred from the European Union to the United States without any differentiation, limitation or exception being made in the light of the objective pursued and without an objective criterion being laid down by which to determine the limits of the access of the public authorities to the data, and of its subsequent use, for purposes which are specific, strictly restricted and capable of justifying the interference which both access to that data and its use entail»⁴¹.

³⁴ Schrems I, para. 76.

³⁵ Schrems I, para. 76.

³⁶ For a description and advantages of the Safe Harbour Principles see ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, «¿Y a la tercera va la vencida?... El nuevo marco transatlántico de privacidad de datos UE-EE.UU.», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2024, Vol. 16, Nº 1, 2024, pp. 483-513, pp. 484-485. On the problems, see JIMÉNEZ-GÓMEZ, Briseida Sofía, «Cross-Border Data Transfers Between the EU and the U.S.: A Transatlantic Dispute», *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 19, issue 2, 2021, pp. 1-45, pp. 16-18.

³⁷ Schrems I, para. 82.

³⁸ Schrems I, para. 86.

³⁹ Schrems I, para. 87.

⁴⁰ Schrems I, para. 94.

⁴¹ Schrems I, para. 93.

Moreover, the CJUE found that «legislation not providing for any possibility for an individual to pursue legal remedies in order to have access to personal data relating to him, or to obtain the rectification or erasure of such data, does not respect the essence of the fundamental right to effective judicial protection, as enshrined in Article 47 of the Charter»⁴².

c. Result: Safe Harbour invalidation

Schrems I case concludes with the declaration of the invalidity as a whole of Decision 2000/520/EC and with it, of the Safe Harbor system for the transfer of personal data from the EU to the United States. In particular, the Commission did not state, in Decision 2000/520, that the United States in fact ‘ensures’ an adequate level of protection by reason of its domestic law or its international commitments⁴³.

1.3. The Court of Justice judgment on Schrems II

After the annulment of the adequacy decision (Safe Harbor), Facebook Ireland explained that the company was using the standard data protection clauses set out in the annex to the SCC Decision⁴⁴. Schrems reformulated his complaint to the Data Protection Commissioner for investigation⁴⁵. He claimed that, since that data was used in the context of various monitoring programmes in a manner incompatible with Articles 7, 8 and 47 of the Charter, the SCC Decision cannot justify the transfer of that data to the United States. Therefore, Schrems asked the DPC to prohibit or suspend the transfer of his personal data to Facebook Inc⁴⁶. The Irish Commissioner brought an action before the High Court, that referred questions for a preliminary ruling to the CJEU. Mr. Schrems' first complaint coincided in time with the negotiations between the European Commission and the U.S. authorities aimed at strengthening the Safe Harbor model, which, concluded with the adoption of a new instrument of legality for transfers of personal data between the EU and the U.S. called Privacy Shield⁴⁷.

The three main findings of the Schrems II case are the following: that the second adequacy decision called Privacy Shield is invalid, that standard contractual clauses under the Commission

⁴² Schrems I, para. 95.

⁴³ Schrems I, para. 97.

⁴⁴ Commission Decision 2010/87 of 5 February 2010 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to processors established in third countries under Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council (notified under document C(2010) 593) (Text with EEA relevance), *OJ L 39*, 12.2.2010. This text is no longer in force. It was repealed by Commission Implementing Decision (EU) 2021/914 of 4 June 2021 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council (Text with EEA relevance), *C/2021/3972*, *OJ L 199*, 07/06/2021.

⁴⁵ Case C-311/18 Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Ltd, Maximilien Schrems [16.07.2020] ECLI:EU:C:2020:559 [hereinafter Schrems II].

⁴⁶ Schrems II, para. 54.

⁴⁷ Schrems II, para. 55.

⁴⁷ Commission Implementing Decision (EU) 2016/1250 of 12 July 2016 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the EU-US Privacy Shield, *C/2016/4176*, *OJ L 207*, 1.8.2016.

Decision 2010/87/EU of February 2010 as such are valid alternative mechanisms⁴⁸, and that surveillance can only be legal if the United States offers an equivalent level of protection.

a. Scope of the GDPR

The CJEU included within the scope of the GDPR the possibility that the personal data transferred between two economic operators for commercial purposes might undergo, at the time of the transfer or thereafter, processing for the purposes of public security, defence and State security by the authorities of that third country⁴⁹. The CJEU observed that having personal data transferred from a Member State to a third country constitutes, in itself, processing of personal data within the meaning of Article 4(2) of the GDPR⁵⁰. The transfer from Facebook Ireland to Facebook Inc is between two legal persons, excluded to benefit from the derogation of data processing by a natural person in the course of a purely personal or household activity.⁵¹

b. Standard contractual clauses

The CJEU was asked to specify which factors need to be taken into consideration for the purpose of determining whether that level of protection is ensured in the context of transfers required by Article 46(1) and Article 46(2)(c) of the GDPR in respect of a personal data transfer to a third country based on standard data protection clauses.

First, recalling point 117 of the Advocate General's Opinion, the CJEU held that the provisions of Chapter V of the GDPR are intended to ensure the continuity of that high level of protection where personal data is transferred to a third country, in accordance with the objective set out in recital 6 thereof.⁵²

Second, the CJEU ruled that «appropriate guarantees must be capable of ensuring that data subjects whose personal data are transferred to a third country pursuant to standard data protection clauses are afforded, as in the context of a transfer based on an adequacy decision, a level of protection essentially equivalent to that which is guaranteed within the European Union»⁵³. The Court reasoned its ruling on recital 107 of the GDPR where in the absence of an adequacy decision, the transfer of personal data to that third country should be prohibited, unless the requirements relating to transfers subject to appropriate safeguards are fulfilled. The controller or processor must «compensate for the lack of data protection in a third country» in order to «ensure compliance with data protection requirements and the rights of the data subjects appropriate to processing within the Union»⁵⁴. Thus, the Court followed the Advocate

⁴⁸ See KUNER, Christopher, «Schrems II Re-Examined», *Verfassungsblog* (25.08.2020), <https://verfassungsblog.de/schrems-ii-re-examined/> («the only time the Court has given a positive endorsement to any data transfer mechanism»)

⁴⁹ Schrems II, para. 86.

⁵⁰ Schrems II, para. 83.

⁵¹ Schrems II, para. 85.

⁵² Schrems II, para. 93.

⁵³ Schrems II, para. 96.

⁵⁴ Schrems II, para. 95.

General's Opinion that agrees with Schrems and the Data Protection Commissioner from Ireland⁵⁵.

Third, the Court held that the interpretation of EU law and examination of the legality of EU legislation must be undertaken in the light of the fundamental rights guaranteed by the Charter⁵⁶. This means that the benchmark is the EU Charter of Fundamental Rights and not the European Convention of Human Rights (ECHR) because the EU has not acceded to the ECHR, so it does not constitute a legal instrument formally incorporated into EU law⁵⁷. However, Article 52(3) of the Charter provides that the rights contained in the Charter which correspond to rights guaranteed by the ECHR shall have the same meaning and scope as those established by that Convention.

The CJEU observed that, although Article 46(2)(c) of the GDPR does not list the various factors which must be taken into consideration for the purposes of assessing the adequacy of the level of protection to be observed in such a transfer, Article 46(1) of the GDPR states that data subjects must be afforded appropriate safeguards, enforceable rights and effective legal remedies⁵⁸. The CJEU stated that any access by the public authorities of that third country to the personal data transferred and the relevant aspects of the legal system of that third country must be assessed to determine the level of adequacy⁵⁹. Critically, «the factors to be taken into consideration in the context of Article 46 of that regulation correspond to those set out, in a non-exhaustive manner, in Article 45(2) of that regulation⁶⁰». The ruling is that Article 46(1) and Article 46(2)(c) of the GDPR must be interpreted as meaning that the appropriate safeguards, enforceable rights and effective legal remedies required by those provisions must ensure that data subjects whose personal data are transferred to a third country pursuant to SCC are afforded a level of protection essentially equivalent to that guaranteed within the European Union by the GDPR, read in the light of the Charter⁶¹.

The Irish Commissioner found that the standard data protection clauses in the annex to the SCC Decision are not capable of remedying that defect, since they confer only contractual rights on data subjects against the data exporter and importer, without, however, binding the United States authorities⁶². However, the CJEU did not conclude the same because it differentiates a Commission decision finding adequacy under article 45 GDPR and a Commission decision adopting standard data protection clauses under article 46 GDPR. Before adopting the SCC

⁵⁵ Opinion of Advocate General Saugmandsgaard Øe delivered on 19 December 2019, Case C-311/18, para. 115. (ECLI:EU:C:2019:1145).

⁵⁶ Schrems II, para. 99.

⁵⁷ Schrems II, para. 98. In the future this situation may change, Press release, Major progress on the path to EU accession to the ECHR: Negotiations concluded at technical level in Strasbourg, Delegation of the Council of Europe in Strasbourg, 31.03.2023, https://www.eeas.europa.eu/delegations/council-europe/major-progress-path-eu-accession-echr-negotiations-concluded-technical-level-strasbourg_en?s=51

⁵⁸ Schrems II, para. 103.

⁵⁹ Schrems II, para. 104.

⁶⁰ Schrems II, para. 104.

⁶¹ Schrems II, para. 105.

⁶² Schrems II, para. 56.

Decision, the Commission may not assess the adequacy of the level of protection ensured by the third countries to which personal data could be transferred pursuant to such clauses⁶³.

According to the CJEU, «Article 44, Article 46(1) and Article 46(2)(c) of the GDPR, interpreted in the light of Articles 7, 8 and 47 of the Charter, require that the level of protection of natural persons guaranteed by that regulation is not undermined, it may prove necessary to supplement the guarantees contained in those standard data protection clauses»⁶⁴. SCC may require, the adoption of supplementary measures by the controller in order to ensure compliance with that level of protection⁶⁵. Therefore, it will depend on the prevailing position in a particular third country. The Court added that «where the controller or a processor established in the European Union is not able to take adequate additional measures to guarantee such protection, the controller or processor or, failing that, the competent supervisory authority, are required to suspend or end the transfer of personal data to the third country concerned»⁶⁶. And, the Court gave an example: «where the law of that third country imposes on the recipient of personal data from the European Union obligations which are contrary to those clauses and are, therefore, capable of impinging on the contractual guarantee of an adequate level of protection against access by the public authorities of that third country to that data»⁶⁷. Thus, where there are conflicting rules in the EU and the third country. In this context the Court interpreted ‘the applicable data protection law’, under the SCC Decision⁶⁸, according to the definition set out in that Decision, ‘the legislation protecting the fundamental rights and freedoms of individuals and, in particular, their right to privacy with respect to the processing of personal data applicable to a data controller in the Member State in which the data exporter is established’. That legislation includes the provisions of the GDPR, read in the light of the Charter⁶⁹.

The SCC Decision confers on the controller established in the European Union the right to suspend the transfer of data and/or to terminate the contract⁷⁰. However, this right is an obligation in the light of the requirements of Article 46(1) and (2)(c) of the GDPR, read in the light of Articles 7 and 8 of the Charter. If not, the controller fails to fulfill its obligations under the SCC Decision⁷¹. Yet, «operators’ assessments of the necessity of such an obligation must, where relevant, take into account a finding that the level of protection ensured by the third country in a Commission adequacy decision, adopted under Article 45(3) of the GDPR, is appropriate»⁷².

⁶³ Schrems II, para. 130.

⁶⁴ Schrems II, para. 132.

⁶⁵ Schrems II, para. 133.

⁶⁶ Schrems II, para. 135.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ The Court refers to Commission Decision 2010/87 of 5 February 2010 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to processors established in third countries under Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council (notified under document C(2010) 593) (Text with EEA relevance), *OJ L 39, 12.2.2010*. This text is no longer in force. It was repealed by Commission Implementing Decision (EU) 2021/914 of 4 June 2021 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council (Text with EEA relevance), C/2021/3972, *OJ L 199, 07/06/2021*.

⁶⁹ Schrems II, para. 138.

⁷⁰ Schrems II, para. 140.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Schrems II, para. 141.

Moreover, the risk of divergent decisions by national data protection authorities is diminished with the possibility for them to refer to the European Data Protection Board (EDPB) for an opinion, which may adopt a binding decision, when a national data protection authority does not follow its opinion pursuant to Article 65(1)(c) of the GDPR⁷³. Schrems II was criticized because it reduced all the Chapter V GDPR mechanisms into a single adequacy test, considered unworkable in practice⁷⁴. Schrems II undermined the use of «appropriate safeguards» under article 46 of the GDPR since the controller or processor has to compensate for the lack of data protection in a third country. According to the CJEU, supplementary measures rectify legal problems that undermine equivalency⁷⁵ but «a level of protection essentially equivalent to that which is guaranteed within the EU» can mean legal adequacy as under Article 45 of the GDPR. Consequently, no other mechanism can address the incompatibility between third country law or practice under the GDPR. SCC, binding corporate rules and certifications mechanisms are all contractual in nature, so they do not bind other governments.

c. Result: Privacy Shield invalidation

The Court held that the Privacy Shield decision cannot ensure a level of protection essentially equivalent to that arising from the Charter⁷⁶. The invalidity of the Privacy Shield is based on the lack of safeguards in U.S. surveillance programs like PRISM and UPSTREAM. It is acknowledged that access to, and use of, personal data transferred from the European Union to the United States by U.S. public authorities is an interference with the right to privacy and the right to data protection enshrined in Articles 7 and 8 of the Charter.

Although Articles 7 and 8 of the Charter are not absolute rights⁷⁷, personal data must be processed «for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law» pursuant to article 8(2) of the Charter⁷⁸. Article 52 of the Charter marks off the limits of fundamental rights. On the one hand, any limitation on the exercise of the rights and freedoms recognised by the Charter must be provided for by law and respect the essence of those rights and freedoms⁷⁹. The concept of essence of rights stems from the constitutional traditions common to the Member States and it is understood as a general principle of EU law⁸⁰. On the other hand, subject to the principle of proportionality, limitations may be made to those rights and freedoms only if they are necessary and genuinely meet

⁷³ Schrems II, para. 147.

⁷⁴ CORRALES COMPAGNUCCI, Marcelo, FENWICK, Marc, ABOY, Mateo and MINSEN, Timo, «Supplementary Measures and Appropriate Safeguards for International Transfers of Health Data After *Schrems II*», in CORRALES COMPAGNUCCI, M. et al. (eds), *The Law and Ethics of Data Sharing in Health Sciences, Perspectives in Law, Business and Innovation*, Springer, Singapor, 2024, pp. 151-171, p. 155.

⁷⁵ Schrems II, para.134. CORRALES COMPAGNUCCI, *et al.*, «Supplementary Measures and Appropriate...», *op.cit.*, p. 158.

⁷⁶ Schrems II, para. 181.

⁷⁷ Schrems II, para. 172.

⁷⁸ Schrems II, para. 173.

⁷⁹ See Lenaerts, Koen, «Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU», *German Law Journal*, vol. 20, 2019, pp. 779–793, p. 781. The author considers that a measure that compromises the very essence of a fundamental right is automatically disproportionate. Therefore, he proposes that in order for the concept of essence to function in a constitutionally meaningful way, both EU and national courts should apply the «respect-for-the-essence test» before undertaking a proportionality assessment.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 780.

objectives of general interest recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others. The legal basis which permits the interference with those rights must itself define the scope of the limitation on the exercise of the right concerned⁸¹. On the principle of proportionality, «the legislation in question which entails the interference must lay down clear and precise rules governing the scope and application of the measure in question and imposing minimum safeguards, so that the persons whose data has been transferred have sufficient guarantees to protect effectively their personal data against the risk of abuse. It must, in particular, indicate in what circumstances and under which conditions a measure providing for the processing of such data may be adopted, thereby ensuring that the interference is limited to what is strictly necessary. The need for such safeguards is all the greater where personal data is subject to automated processing»⁸².

The Court's assessment is pragmatic, instead of ascertaining beforehand whether that third country has complied with conditions essentially equivalent to those laid down in the first sentence of Article 52(1) of the Charter, the Court started to examine whether the implementation of those surveillance programmes is subject to legal requirements⁸³.

The Court found that E.O. 12333 does not confer rights which are enforceable against the U.S. authorities in the courts either⁸⁴ and that PPD-28 does not grant data subjects actionable rights before the courts against the U.S. authorities⁸⁵. The FISC does not cover the issue of whether «individuals are properly targeted to acquire foreign intelligence information»⁸⁶. The proportionality test failed because Section 702 of the FISA does not indicate any limitations on the power it confers to implement surveillance programmes for the purposes of foreign intelligence or the existence of guarantees for non-U.S. persons potentially targeted by those programmes⁸⁷. Under Article 45(2)(a) of the GDPR, a finding of equivalence depends, inter alia, on whether data subjects whose personal data are being transferred to the third country in question have effective and enforceable rights⁸⁸.

Consequently, the Court held that that neither PPD-28 nor E.O. 12333 grants data subjects rights actionable in the courts against the U.S. authorities, from which it follows that data subjects have no right to an effective remedy⁸⁹. Since bulk collection is allowed, «access to data in transit to the United States without that access being subject to any judicial review, does not, in any event, delimit in a sufficiently clear and precise manner the scope of such bulk collection of personal data»⁹⁰. Bulk collection means that the Intelligence Community cannot use an identifier associated with a specific target to focus the collection. Moreover, the Ombudsperson

⁸¹ Opinion 1/15 (EU-Canada PNR Agreement) of 26 July 2017, EU:C:2017:592, paragraph 139 and the case-law cited).

⁸² Schrems II, para. 176.

⁸³ Schrems II, para. 178.

⁸⁴ Schrems II, para. 182.

⁸⁵ Schrems II, para. 181.

⁸⁶ Schrems II, para. 179. The FISC does not authorise individual surveillance measures; rather, it authorises surveillance programs (like PRISM, UPSTREAM) on the basis of annual certifications prepared by the Attorney General and the Director of National Intelligence (DNI). See Recital 109 of the Privacy Shield Decision.

⁸⁷ Schrems II, para. 180.

⁸⁸ Schrems II, para. 181.

⁸⁹ Schrems II, para. 192.

⁹⁰ Schrems II, para. 183.

Mechanism was not an independent and impartial court in order to have access to their personal data, or to obtain the rectification or erasure of such data equivalent to an effective remedy before a tribunal under article 47 of the Charter. The reasons were that the Ombudsperson was appointed by the Secretary of State and was an integral part of the U.S. State Department⁹¹. There was nothing in the Privacy Shield Decision to indicate that the dismissal or revocation of the appointment of the Ombudsperson is accompanied by any particular guarantees. Thus, this situation undermines the Ombudsman's independence from the executive⁹². In addition, there was nothing in that Decision to indicate that the Ombudsperson had the power to adopt decisions that were binding on those intelligence services and did not mention any legal safeguards that would accompany that political commitment on which data subjects could rely⁹³.

The European Data Protection Supervisor highlighted that the CJEU confirmed in Schrems II the criticism of the Privacy Shield repeatedly expressed by the EDPS and the EDPB⁹⁴. The EDPS considers that «the protection of personal data requires actionable rights for everyone, including before independent courts. It is more than a “European” fundamental right – it is a fundamental right widely recognised around the globe. Against this background, the EDPS trusts that the United States will deploy all possible efforts and means to move towards a comprehensive data protection and privacy legal framework, which genuinely meets the requirements for adequate safeguards reaffirmed by the Court»⁹⁵.

2. Mechanisms to transfer personal data beyond the EU

2.1. The GDPR framework

A variety of mechanisms for transnational personal data transfers to third States are established to guarantee such a high level of protection of personal data under the articles 44 to 50 of the GDPR. The safest mechanism is that the third State or territory has an adequacy decision in place⁹⁶. The GDPR provides that the adequacy decision can relate to a territory or a processing

⁹¹ Schrems II, para. 195.

⁹² *Ibid.*

⁹³ Schrems II, para. 196.

⁹⁴ See EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, EDPS Statement following the Court of Justice ruling in Case C-311/18 Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Ltd and Maximilian Schrems (“Schrems II”), 17.07.2020, https://www.edps.europa.eu/press-publications/press-news/press-releases/2020/edps-statement-following-court-justice-ruling_en

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ See GDPR, art. 45. The Commission concludes that each of the eleven countries and territories Andorra, Argentina, Canada (for commercial operators), Faroe Islands, Guernsey, Isle of Man, Israel, Jersey, New Zealand, Switzerland, and Uruguay continues to ensure an adequate level of protection for personal data transferred from the European Union within the meaning of the GDPR, as interpreted by the Court of Justice. *Vid.*, Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the first review of the functioning of the adequacy decisions adopted pursuant to Article 25(6) of Directive 95/46/EC, COM/2024/7 final, Brussels, 15.1.2024. Other countries with an adequacy decision are: Japan (2019), Republic of Korea (2021), United Kingdom (2021) and U.S.A. (2023). United Kingdom has two adequate decisions, one for transfers under the EU GDPR; and another for transfers under the Law Enforcement Directive. On 18 March 2025 the EU Commission published a Draft technical extension UK adequacy GDPR and a Draft technical extension UK adequacy LED to extend data flows with the UK for a period of six months, so they would be maintained until 27 December 2025.

sector within a third country⁹⁷. In the absence of such adequacy decision, appropriate safeguards by the controller or the processor (the exporter of personal data) must be put in place⁹⁸. Failing that, transnational personal data transfers are legal under the derogations provided for in the GDPR⁹⁹. In any case, effective legal remedies for data subjects' rights must be available.

Appropriate safeguards can be binding corporate rules¹⁰⁰, standards data protection clauses adopted by the European Commission or by the national supervisory authority, codes of conduct, certifications mechanisms and *ad hoc* contractual clauses¹⁰¹. Binding corporate rules are general rules of a voluntary nature adopted by multinational groups, subsequently subject to approval by the national regulator of an EU Member State. Their application is global in nature within the business group, being mandatory for the entire group regardless of the countries where its branches or agencies were located. Standard contractual clauses are a model contract previously approved by the European Commission for the protection of personal data in transactions between companies located in third countries¹⁰².

However, «supplementary measures» must be in place for the lack of protection in a non-EEA country¹⁰³. Although the CJEU did not identify the measures, the EDPB guidance can be helpful for this complex task¹⁰⁴. Only technical measures like encryption would impede access by foreign countries¹⁰⁵, but with limitations¹⁰⁶.

Article 49 GDPR also regulates the so-called «exceptions for specific situations» applicable in the absence of an adequacy decision or other appropriate safeguards. In the event of this circumstance, the international transfer of personal data will be lawful if there is explicit consent from the data subject¹⁰⁷; the transfer is necessary for the performance of a contract¹⁰⁸; there are important reasons of public interest¹⁰⁹; the transfer is necessary for the exercise of a legal claim¹¹⁰; the purpose of the transfer is to protect vital interests of the data subject or of other

⁹⁷ The GDPR makes more flexible the data transfer regime in comparison with the Directive. See GDPR, Art. 45(1).

⁹⁸ GDPR, art. 46 (1).

⁹⁹ GDPR, art. 49.

¹⁰⁰ GDPR, art. 47.

¹⁰¹ GDPR, art. 46 (2)-(3).

¹⁰² Commission Implementing Decision (EU) 2021/914 of 4 June 2021 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council, *OJ*, L 199, 07.06.2021.

¹⁰³ See CORRALES COMPAGNUCCI, *et al.*, «Supplementary Measures and Appropriate...», *op.cit.*, p. 153.

¹⁰⁴ European Data Protection Board, Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data (20 November 2020), pp. 45-48.

¹⁰⁵ CORRALES COMPAGNUCCI, *et al.*, «Supplementary Measures and Appropriate...», *op.cit.*, p. 168.

¹⁰⁶ KORFF, Douwe, «Korff on Kuner: Schrems II Re-Examined», *Data protection and digital competition*, (3.09.2020), available at: <https://www.ianbrown.tech/2020/09/03/korff-on-kuner-schrems-ii-re-examined/> For example, only in cases in which the data are not decrypted in the third country. Considering other tools such as organizational measures may not be very effective, as «few countries outside the EU meet the standards set by the Court when it comes to their national security agencies' powers of access to data (especially data on non-nationals) and lack of effective remedies».

¹⁰⁷ GDPR, art. 49(1)(a).

¹⁰⁸ GDPR, art. 49(1)(b) and (c).

¹⁰⁹ GDPR, art. 49(1)(d).

¹¹⁰ GDPR, art. 49(1)(e).

persons who are physically or legally incapable of giving their consent¹¹¹, or the transfer is made from a public register with the purpose of providing information to the public or to a natural person who proves a legitimate interest, provided that, in each particular case, compliance with Union or Member State law regarding the consultation is guaranteed¹¹².

Nonetheless, these derogations are subject to strict conditions and usually for non-repetitive processing activities.¹¹³ For example, the Dutch authority rejected Uber's attempt to rely on Article 49 GDPR derogations as the personal data transfers of drivers were neither «incidental» nor «necessary». The Dutch authority determined that the transfers between Uber U.S. and Uber Netherlands were systematic, repetitive, and ongoing¹¹⁴. Further, the Dutch authority found that the existence of a contract does not in itself constitute «necessity», and it suggested that Uber operated its data processing in the U.S. for efficiency reasons rather than necessity. Because Uber no longer used Standard Contractual Clauses from August 2021, the data of drivers from the EU were insufficiently protected, it had imposed a fine of 290 million euros (\$324 million) on Uber On August 26, 2024¹¹⁵. This case exemplifies the problem of invalidating the Privacy Shield for U.S. companies that have violated the GDPR until they have self-certified under the new framework called the Data Privacy Framework.

Therefore, with respect to the State or territory that receives personal data, it is relevant to know if there is an adequacy decision by the European Commission. The United States has been included in such category by the European Commission's adequacy Decision of July 10, 2023, hereinafter, the Commission's adequacy Decision or the Data Privacy Framework¹¹⁶. This would mean that it is not necessary to provide additional safeguards for international transfers from any EU country to the United States nor is an authorization from the national Data Protection Agency required.

However, in the absence of an adequacy decision, appropriate safeguards should be provided as prescribed by Article 46 of the GDPR, and national DPA are required to suspend or ban a data

¹¹¹ GDPR, art. 49(1)(f).

¹¹² GDPR, art. 49(1)(g).

¹¹³ JURCYS, Paulius, CORRALES COMPAGNUCCI, Marcelo, FENWICK, Marc, «The future of international data transfers: Managing legal risk with a 'user held' data model», *Computer Law & Security Review*, vol. 46, 2022, Article 105691, para. 2.1. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2022.105691>. But see KUNER, Christopher, «Schrems II Re-Examined», *Verfassungsblog* (25.08.2020), <https://verfassungsblog.de/schrems-ii-re-examined/> («the derogations cannot fill the gap created by invalidation of the Privacy Shield, except in a few limited cases»), RUBINSTEIN, Ira, MARGULIES, Peter, «Risk and Rights in Transatlantic Data Transfers: EU Privacy Law, U.S. Surveillance, and the Search for Common Ground», *Connecticut Law Review*, vol. 54, 2022, pp. 518-456, p. 454 suggesting a combination of a risk-based approach and the derogation based on consent or performance of the contract for U.S. firms' EU employees.

¹¹⁴ This transfer of data was the subject of a complaint by 172 French drivers to the French supervisory authority, the CNIL in 2020, which forwarded the complaint to the Dutch DPA, Uber's lead supervisory authority because Uber's European headquarters is in the Netherlands.

¹¹⁵ Dutch Data Protection Authority, Press release, Dutch DPA imposes a fine of 290 million euro on Uber because of transfers of drivers' data to the US, 26.08.2024, available at: <https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/en/current/dutch-dpa-imposes-a-fine-of-290-million-euro-on-uber-because-of-transfers-of-drivers-data-to-the-us>

¹¹⁶ Commission Implementing Decision of 10.7.2023 pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the adequate level of protection of personal data under the EU-US Data Privacy Framework, Brussels, 10.7.2023 C(2023) 4745 final https://commission.europa.eu/system/files/2023-07/Adequacy%20decision%20EU-US%20Data%20Privacy%20Framework_en.pdf

transfer data to a third country if, in their view, the SCC are not or cannot be complied with in that third country and the protection of data transferred that is required by EU law cannot be ensured by other means, where the controller or a processor has not itself suspended or put an end to the transfer¹¹⁷.

In the interim period between the invalidation of the Privacy Shield and the adoption of the Data Privacy Framework as an adequacy decision, the French Data Protection Authority (CNIL) prohibited the French national public health registry to be entrusted to servers run by Microsoft, or any of its subsidiaries, because U.S. companies were subject to U.S. national security laws. The French Conseil d'État required Microsoft to include a commitment for the company to follow the law of the EU, in granting access to public authorities to any data¹¹⁸.

Moreover, the lack of an adequacy decision or the invalidity of the current adequacy decision could have costs for companies but also for institutions. The Regulation (EU) 2018/1725 created the European Data Protection Supervisor (EDPS) which is the independent supervisory authority for the protection of personal data and privacy and promoting good practice in the EU institutions and bodies. On 8 March 2024 the EDPS decision has found that the European Commission has infringed several key data protection rules when using Microsoft 365, including failing to provide appropriate safeguards to ensure that personal data transferred outside the EU¹¹⁹ are afforded an essentially equivalent level of protection as guaranteed in the EU¹²⁰. The EDPS decided to order the Commission, to suspend all data flows resulting from its use of Microsoft 365 to Microsoft and to its affiliates and sub-processors located in countries outside the EU, if not covered by an adequacy decision¹²¹.

The recent *Bindl v Commission* case on 8 January 2025¹²² illustrates the consequences of a claim for damages as a result of a personal data transfer to the United States. The General Court orders the Commission to pay damages to a visitor to its 'Conference on the Future of Europe' website because the displaying of the 'Sign in with Facebook' hyperlink on the EU Login website was entirely governed by the general terms and conditions of the Facebook platform. The key aspect is that at the time of that transfer, on 30 March 2022, there was no Commission Decision finding that the United States ensured an adequate level of protection for the personal data of EU citizens. Furthermore, the Commission has neither demonstrated nor claimed that there was an appropriate safeguard, in particular, a standard data protection clause or contractual clause¹²³.

¹¹⁷ Schrems II, paras. 113-114.

¹¹⁸ CORRALES COMPAGNUCCI, *et al.*, «Supplementary Measures and Appropriate...», *op.cit.*, pp. 159-160.

¹¹⁹ EU and EEA, European Economic Area, but for a simpler analysis, I only referred to EU.

¹²⁰ EDPS investigation into use of Microsoft 365 by the European Commission (Case 2021-0518), 8 March 2024, available at: https://www.edps.europa.eu/system/files/2024-03/24-03-08-edps-investigation-ec-microsoft365_en.pdf.

¹²¹ The date of effectiveness was on 9 December 2024. The Commission sued the EDPS on 17 May 2024 – Commission v EDPS, T-262/24 (pending). But the EDPS follows up on the compliance of European Commission's use of Microsoft 365 on 10 December 2024, available at: https://www.edps.europa.eu/press-publications/press-news/press-releases/2024/edps-follows-compliance-european-commissions-use-microsoft-365_en

¹²² Judgment of the General Court in case T-354/22, *Bindl v Commission*, (8.01.2025), ECLI:EU:T:2025:4.

¹²³ Press release No. 25. Luxembourg 8 January 2025.

Given that it is the first time that the European Commission issued an adequacy decision following the General Data Protection Regulation (EU Regulation 2016/679 of April 27, 2016) with respect to transfers from the European Union to the United States, in the subsequent pages the adequacy Decision of July 10, 2023, on the EU-U.S. Data Privacy Framework is analyzed.

2.2. The EU-U.S. Data Privacy Framework

a. *The EU Commission press announcement*

Delving into the recent EU-U.S. Data Privacy Framework aims to avoid possible violations of individuals' privacy regarding their personal data. President Ursula von der Leyen said: «*The new EU-U.S. Data Privacy Framework will ensure safe data flows for Europeans and bring legal certainty to companies on both sides of the Atlantic. Following the agreement in principle I reached with President Biden last year, the US has implemented unprecedented commitments to establish the new framework. Today we take an important step to provide trust to citizens that their data is safe, to deepen our economic ties between the EU and the US, and at the same time to reaffirm our shared values. It shows that by working together, we can address the most complex issues*».¹²⁴

According to the European Commission website: «The EU-U.S. Data Privacy Framework introduces new binding safeguards to address all the concerns raised by the European Court of Justice, including limiting access to EU data by US intelligence services to what is necessary and proportionate, and establishing a Data Protection Review Court (DPRC), to which EU individuals will have access. The new framework introduces significant improvements compared to the mechanism that existed under the Privacy Shield. For example, if the DPRC finds that data was collected in violation of the new safeguards, it will be able to order the deletion of the data. The new safeguards in the area of government access to data will complement the obligations that U.S. companies importing data from EU will have to subscribe to»¹²⁵.

b. *Preliminary criticism*

There are several errors in this press release dated July 10, 2023. The first is of a technical nature, since the data is not «EU data» as the statement states, but from the Europeans who are the subjects whose data is protected by European Union legislation. The rest of statements are counterargued throughout this study, so that the reader can understand to what extent the Commission is not faithful to European Union Law.

Firstly, it is necessary for companies operating on both sides of the Atlantic to adapt to requirements and safeguards established in this new mechanism. Therefore, are there new requirements? Companies can apply for certification on the EU-U.S. Data Privacy Framework website and must comply with data protection obligations. They must re-certify each year to continue benefiting from the new «Privacy Framework», being able to transfer data from the EU to the United States without additional safeguards. It has been acknowledged that tech giants

¹²⁴ European Commission, Press release, «Data Protection: European Commission adopts new adequacy decision for safe and trusted EU-US data flows», 10.07.2023, available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3721

¹²⁵ *Ibid.*

lobbied for a replacement of the Privacy Shield, which explains part of the rush to adopt an adequacy decision¹²⁶. However, another option would have been to continue negotiations with the United States to address the CJEU's concerns¹²⁷.

Second, the new privacy framework is also administered by the United States Department of Commerce like the old Privacy Shield. The U.S. Department of Commerce will process certification applications and monitor whether participating companies continue to meet self-certification requirements.

Thirdly, it is notable that the European Commission will continue to review the new Adequacy Decision periodically. During the first review in October 2024, the European Commission has verified whether all relevant elements of the U.S. legal framework are working effectively in practice¹²⁸. Based on the results of such a review, the Commission has decided to carry out the next periodic review after three years, therefore, in July 2027¹²⁹. This decision is welcome by the EDPB because a review in three years rather than the mandatory four years would allow EU institutions to obtain more speedily comprehensive information about the practical application of the DPF¹³⁰.

In addition, the adequacy Decision can be adapted or even withdrawn, in the event of changes that affect the U.S. protective level. This entails a high risk for companies, considering that some of the safeguards of the adequacy Decision are encapsulated in an Executive Order under U.S. law, which may be modified, revoked or superseded by the President of the United States¹³¹. Besides, practical application and factual reality through the U.S. Supreme Court judgments play a predominant role here, and not only possible modifications at the legislative level. However, the Data Privacy Framework Decision is binding on the supervisory authorities in so far as it finds that the United States ensures an adequate level of protection and, therefore, has the effect of authorising personal data transferred under the DPF.

3. The Commission adequacy Decision 2023/1795

3.1. Formal issues

The Commission adequacy Decision 2023/1795 has 223 recitals, only four articles in less than two pages, six annexes, plus the principles and an annex of abbreviations. A total of 112 pages

¹²⁶ See VOSS, W. Gregory, «Transatlantic Data Transfer Compliance», *Boston University Journal of Sciences and Technology Law*, vol. 28, 2022, pp. 158-214, p. 177.

¹²⁷ See GERKE, Sara, REZAEIKHONAKDAR, Delaram, «Privacy Shield 2.0 — A New Trans-Atlantic Data Privacy Framework Between the European Union and the United States», *Cardozo Law Review*, vol. 45, no. 2, 2023, pp. 351-403.

¹²⁸ See *infra* section 4.2 (a).

¹²⁹ EUROPEAN COMMISSION, Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the first periodic review of the functioning of the adequacy decision on the EU-US Data Privacy Framework, Brussels, 9.10.2024, COM(2024) 451 final, p. 21.

¹³⁰ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, Report on the first review of the European Commission Implementing Decision on the adequate protection of personal data under the EU-US Data Privacy Framework, version 1.1., 4 november 2024, p. 23. See *infra* section 4.2 (b).

¹³¹ See VOSS, «Transatlantic Data...», *op.cit.*, p. 178.

while the first Adequacy Decision had 41 pages¹³² and the second Adequacy Decision had 112 pages¹³³. This formal description introduces us to poor regulation of transatlantic data flows. The number of recitals is still innumerable, and even unnecessary. However, they give a good account of the European Commission intention and its position regarding data transfers to the United States. The European Commission interprets the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union in a biased way and shields the recourse by national data protection authorities to not implement their Decision, for example, by blocking transfers to the USA and forcing them to resort to national courts. This is so, because the Decision is presumed legal and produces legal effects until it is annulled in an annulment action or declared invalid following a preliminary ruling or a ground of illegality before the courts of the Union¹³⁴.

U.S. organizations have to comply with seven basic Principles (notice, choice, accountability for onward transfers, security, data integrity and purpose limitation, data access and recourse, liability and effective enforcement regulation) and sixteen supplemental Principles. The Supplementary Principles address specific subjects, sensitive data, exceptions arising from freedom of the press, exemption from subsidiary liability of internet service providers, the exercise of due diligence and the conduct of audits for which the consent or knowledge of the data subject is not required, the role of data protection authorities, the principle of self-certification, verification through monitoring procedures, limitations on the right of access, human resources data, binding contracts for onward transfers, the establishment of a dispute resolution and enforcement mechanism, time limit for exercising the right to object, travel information, medical and pharmaceutical products, information from public records and publicly accessible information and access requests by public authorities. The certification mechanism for companies that adhere to the principle is set in an annex. There is a correlation of the principles listed in Chapter II of the GDPR¹³⁵.

Firstly, the Decision refers to the legal basis found in the General Data Protection Regulation¹³⁶ article 45(3), since this article grants the European Commission jurisdiction to issue an adequacy decision on a third country, therefore, outside the EU and to the European Economic Area, provided that such country is considered to guarantee an adequate level of protection. The GDPR refers to a country or one or more specified sectors within that third country, but the European Commission will set out, starting from recital 9 of the Decision, a self-certification system for U.S. organizations through the U.S. Department of Commerce.

¹³² Commission Decision 2000/520/EC of 26 July 2000 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the safe harbour privacy principles and related frequently asked questions issued by the US Department of Commerce (notified under document number C(2000) 2441), *OJ L 215*, 25/08/2000.

¹³³ Commission Implementing Decision (EU) 2016/1250 of 12 July 2016 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the EU-U.S. Privacy Shield (notified under document C(2016) 4176) (Text with EEA relevance), C/2016/4176, *OJ L 207*, 1.8.2016.

¹³⁴ Commission's Adequacy Decision, Recitals 205-206.

¹³⁵ BATLLE, Sergi, and VAN WAEYENBERGE, Arnaud, «EU-US Data Privacy Framework: A First Legal Assessment», *European Journal of Risk Regulation*, vol. 15, 2024, pp. 191–200, p. 194.

¹³⁶ EU Regulation 2016/679 of April 27, 2016.

First point of inconsistency, we are not facing a common Decision, but rather an *ad hoc* system that arises from the old Safe Harbor principles, which were invalidated when Decision 2000/520 was invalidated by the Court of Justice of the European Union in the Schrems I case¹³⁷. Later in recital 6, reference is made to the fact that the framework has been updated, which is evident proof that Safe Harbor Principles continue but they are encapsulated in a new Adequacy Decision. Furthermore, these are organizations certified in the United States, and despite claiming to be based on the CJEU's jurisprudence, in particular, a system of self-certifications can guarantee an adequate level of protection (Schrems I), it is not being considered that the Privacy Shield was not equivalent to EU Law (Schrems II)¹³⁸. Thus, the Commission's Decision gives rise to confusion; because it is a framework only for authorized entities in the U.S., when it would be logical for the European Commission to guarantee that the U.S. has an adequate level of protection and that it is equivalent to EU law.

Secondly, it refers to article 45(2) of the General Data Protection Regulation to remember that an adequacy Decision must be based on a substantive analysis of the legal system of the third State, including both rules applicable to data importers and guarantees with regarding access by public authorities to personal data. On the one hand, it is introduced that an «essentially equivalent» protection examination is going to be carried out in accordance with the GDPR and the jurisprudence of the CJEU¹³⁹, when in reality, the European Commission is based on its own Communication of January 10, 2017¹⁴⁰ that curiously, it also contradicts the Decision itself approved in 2023¹⁴¹; and it does not fully take into account either the European Parliament or the European Data Protection Board (EDPB), with the exception of partial references, such as, for example, the «Adequacy Referencial» of the EDPB¹⁴². It should be noted that the EDPB is an independent European body, being the coordinator of the national data protection authorities of the European Economic Area countries.

3.2. Searching for equivalent protection

a. Data protection and privacy relationship

The European Commission states that the United States has an equivalent level of protection to that of the European Union in Article 1 of the Adequacy Decision. However, an in-depth analysis does not seem to yield such a result. From a linguistic point of view, for example, «Data Privacy» translates as «privacidad de datos» in the Spanish version of the Adequacy Decision, which is

¹³⁷ See *supra* section 1.2.

¹³⁸ See *supra* section 1.3.

¹³⁹ Commission's adequacy Decision, Recital 3.

¹⁴⁰ EUROPEAN COMMISSION, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *Exchanging and Protecting Personal Data in a Globalised World*, COM (2017)7, 10.1.2017.

¹⁴¹ It states that the adequacy examination should not be point by point, but rather focus on the materiality of data protection rights and their effective implementation, supervision and enforcement, since the foreign system must provide a required level of protection, according to the Recital 4 of the Decision; but the framework with the U.S. is based on a system of self-certification of organizations, so non-certified US organizations do not fall into the framework.

¹⁴² EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, Adequacy Referential, WP 254 rev. 01., available at https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=614108.

incorrect because under EU law there are two different rights: «data protection»¹⁴³ and «privacy»¹⁴⁴.

Article 7 of the EU Charter of Fundamental Rights provides that everyone has the right to respect for his or her private and family life, home, and communications. This is protected similarly under Article 8 of the European Convention of Human Rights¹⁴⁵. Moreover, it can be protected as a general principle of EU law¹⁴⁶. In addition, Article 8 of the EU Charter specifically addresses the fundamental right to the protection of personal data. There is no corresponding provision on data protection in the ECHR¹⁴⁷ but the European Court of Human Rights has covered data protection under Article 8 of the ECHR. Therefore, «private life» is not interpreted restrictively under the jurisprudence on the Court of Strasbourg and the Court of Luxembourg.

However, to what extent has U.S. law evolved regarding privacy or data protection? Precisely legal terminology is different. Does this mean substantial differences in the protection of fundamental rights? As it has been pointed, the external dimension of data flows is uneven. The EU regime proposes restrictions on data flows to third States to ensure that the level of protection of natural persons is not undermined¹⁴⁸. Therefore, article 44 of the GDPR prohibits transfer of personal data to countries outside the borders of the EU, unless the receiving country can demonstrate a level of data protection equivalent to that of the EU. In contrast, U.S. law does not require a national regulator to approve a personal data transfer agreement¹⁴⁹. This has practical implications, considering the market power of U.S. companies in online services. For example, technology giants such as Meta and Google allow access to personal information. Yet, the United States is one of the non-European G20 countries that does not have data protection laws that comply with Convention 108, which is the minimum international standard for most OECD countries¹⁵⁰.

¹⁴³ The whole linguistic problem derives from the translation of «privacy» as *privacidad*, but in Spanish only exists «*intimidad*» as a right. Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) *Official Journal L 201, 31/07/2002*. Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. In French «*la protection de la vie privée*», in German «*Schutz der Privatsphäre*».

¹⁴⁴ PURTOVA, Nadezhda, *Property Rights in Personal Data, A European Perspective*, Alphen aan den Rijn, Wolter Kluwer, 2012, pp. 226-227: «Privacy labelled as an opacity tool is therefore a negative right which empowers an individual to prevent the State from intervening in his affairs, but not to require the State to take any positive steps. Data protection is a transparency tool. It does not prohibit State intervention, but rather channels and controls it by giving an individual positive rights and imposing affirmative obligations on the State».

¹⁴⁵ PURTOVA, *Property Rights...op.cit.*, pp. 227-240.

¹⁴⁶ KOKOTT, Juliane, SOBOTTA, Christoph, «The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR», *International Data Privacy Law*, 2013, Vol. 3, No. 4, pp. 222-228, p. 223.

¹⁴⁷ Only the Convention 108 of the Council of Europe specifically covers it but the ECtHR does not have jurisdiction on the Council of Europe Convention 108.

¹⁴⁸ *See supra* section 2.1.

¹⁴⁹ JIMÉNEZ-GÓMEZ, «Cross-Border Data...», *op.cit.*, p. 4.

¹⁵⁰ GREENLEAF, Graham, «Global Data Privacy Laws 2023: 162 National Laws and 20 Bills», *UNSWLRS 48, Privacy Laws and Business International Report*, vol. 181, 2023, which specifies that the United States and India had notable failures to enact new laws in this period.

b. U.S. law modifications

A. Safeguards for U.S. Signals Intelligence Activities

14086 Executive Order entitled «Enhancing Safeguards for U.S. Signals Intelligence Activities» requires that signals intelligence activities have specific legitimate objectives. These objectives are in order to protect national security of the United States and of its allies and partners, understanding or assessing transnational threats that impact global security, including climate and other ecological change, public health risks, humanitarian threats, political instability and geographic rivalry, protecting against foreign military capabilities and activities; against terrorism, the taking of hostages, and the holding of individuals captive by or on behalf of a foreign government, organisation or person; protecting against foreign espionage, sabotage, or assassination; protecting against threats from the development possession, or proliferation of weapons of mass destruction or related technologies and threats; protecting against cybersecurity threats created or exploited by, or malicious cyber activities, protecting against threats to the personnel of the U.S. or its allies or partners; protecting against transnational criminal threats, including illicit finance and sanctions evasion; protecting the integrity of elections and political processes, government property, and U.S. infrastructure and advancing collection or operational capabilities or activities in order to further a previous legitimate objective¹⁵¹. In addition, it explicitly prohibits such activities from being carried out for specific prohibited objectives (1) suppressing or burdening criticism, dissent, or the free expression of ideas or political opinions by individuals or the press; (2) suppressing or restricting legitimate privacy interests; (3) suppressing or restricting a right to legal counsel; or (4) disadvantaging persons based on their ethnicity, race, gender, gender identity, sexual orientation, or religion¹⁵².

Moreover, it establishes novel procedures to ensure that signals intelligence activities contribute to the achievement of legitimate objectives and do not contribute to the achievement of prohibited objectives. For example, it requires that such activities be carried out only after determining, in a reasonable assessment of all relevant factors, that they are necessary to advance a validated intelligence priority and only in a manner proportionate to the validated intelligence priority for which they have been authorized¹⁵³. Besides, it orders the services of the Intelligence Community to update their guidelines and procedures to incorporate the safeguards regarding signals intelligence established by the Executive Order. Finally, the Executive Order creates an independent and binding body that allows individuals in «Qualified States», designated pursuant to the Executive Order, to seek redress if they believe they have been subject to unlawful U.S. signals intelligence activities, including activities that violate the safeguards established in the Executive Order.

¹⁵¹ Section 2(b)(i) EO 14086.

¹⁵² Section 2(b)(ii) EO 14086.

¹⁵³ Adequacy Decision, Recital 135: «Before proposing intelligence priorities to the President, the Director National Intelligence must, in accordance with EO 14086, obtain an assessment from the ODNI CLPO for each priority as to whether it (1) advances one or more legitimate objectives listed in the EO; (2) was neither designed nor is anticipated to result in signals intelligence collection for a prohibited objective listed in the EO; and (3) was established after appropriate consideration for the privacy and civil liberties of all persons, regardless of their nationality or wherever they might reside».

The Intelligence Community must apply the safeguards established in Executive Order No. 14086 to activities carried out under the article 702 of the Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA). This Act allows the collection of foreign intelligence information regarding non-U.S. persons who are reasonably considered to be outside the U.S., with the obligatory assistance of electronic communication services companies. In principle, neither the Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA) nor national security requirements allow mass data collection¹⁵⁴. A judicial resolution is required to carry out electronic surveillance actions and physical records, except in restricted cases, such as emergency situations; and that it is always shown that there is probable cause to believe that the target is a foreign power or an agent of a foreign power¹⁵⁵. In 2015, the Freedom Act modified Title IV of the FISA, which allowed devices to record outgoing and incoming communications if there was a judicial resolution, except in emergency situations, to require the Executive power to base its requests on specific selection criteria.

However, given that certain requirements are required to carry out «bulk collection» of personal information, the Intelligence Community can collect personal information on a bulk basis. «Bulk collection» means the authorized collection of large quantities of signals intelligence data that, due to technical or operational considerations, is acquired without the use of discriminants (for example, without the use of specific identifiers or selection terms)¹⁵⁶. To this end, the Intelligence Community must apply reasonable methods and technical measures to limit the data that is collected to be necessary to advance the validated intelligence priority, which will minimize collection of irrelevant information¹⁵⁷. Nevertheless, E.O. 14086 establishes a principle of equality between non-U.S. persons and U.S. persons regarding retention and delete of personal information¹⁵⁸. Queries of bulk collection «take into account the impact on the privacy and civil liberties of all persons, regardless of their nationality or wherever they might reside»¹⁵⁹.

B. Data Protection Review Court composition

The Data Protection Review Court is an «independent» quasi-judicial body established by the Secretary of Justice pursuant to Executive Order no. 14086. It is composed of at least six judges, appointed by the Secretary of Justice after consultation with the Privacy and Civil Liberties Oversight Board (PCLOB), the Secretary of Commerce and the Director of National Intelligence for renewable four-year terms¹⁶⁰. Appointment of judges is based on criteria used by the executive branch when evaluating candidates for federal judiciary, with an assessment of previous judicial experience. In addition, judges must be legal professionals, that is, active members of the bar duly authorized to practice law and have appropriate experience in matters of privacy and national security regulations. However, not all magistrates must have been judges before, as only at least half of the magistrates are required to have experience, but it seems clear

¹⁵⁴ See Annex VII, Mr. Fonzone's letter December 9, 2022, Office of the Director of National Intelligence Office of General Counsel to the General Counsel of the US Department of Commerce.

¹⁵⁵ See 50 U.S. Code §§ 1805-1824.

¹⁵⁶ Executive Order 14086, section 4 (b).

¹⁵⁷ Executive Order 14086, section 2 (c) (iii) (D).

¹⁵⁸ Executive Order 14086, section 2 (c) (iii) (A)(2).

¹⁵⁹ Executive Order 14086, section 2 (c) (iii) (D).

¹⁶⁰ Attorney General Regulation on the Data Protection Review Court. 28 CFR Part 302.

that all judges must have the necessary security clearances to be able to access classified information of national security.

C. The Civil Liberties Protection Officer

A new figure has been added within U.S. Intelligence: the Civil Liberties Protection Officer of the Director of National Intelligence (ODNI CLPO). The Privacy Framework does not mention that complaints must be qualifying according to EO 14086 sec 3.C(i). Assuming that complaints are qualified if they come from qualified States, the CLPO has jurisdiction for initiating investigation of individual complaints.

The ODNI CLPO is responsible for several functions, seeking to ensure that protection of civil liberties and privacy is appropriately integrated into the guidelines and procedures of the Office of the Director of National Intelligence and the intelligence services¹⁶¹. Some references are doubtful of the impartiality of the CLPO. When exercising its statutory and delegated authority to determine whether there was a covered violation, the Officer must take into account both relevant national security interests and applicable privacy protections; giving appropriate deference to any relevant determinations made by national security officials, applying the law impartially¹⁶². If the Executive Order specifically states that the Officer must apply the law impartially when it supposes to judge the situation of an individual whose personal information has been processed maybe in a bulk collection, is it not understandable that the law must apply impartially? Or is it not possible to apply the law impartially after giving deference to determination made by national security officials?

On the other hand, the CLPO must determine the appropriate remediation for any covered violation. But this determination is a classified report on information indicating a violation of any authority subject to the oversight of the Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC) to the Assistant Attorney General for National Security, who shall report violations to the FISC in accordance with its rules of procedure¹⁶³.

In summary, the CLPO oversees compliance with applicable civil liberties and privacy obligations. He conducts privacy impact assessments. The same person must issue a report in which he must apply the regulations impartially, considering national security interests in signals intelligence activities and privacy protection. The ODNI CLPO's report must determine whether a violation of applicable U.S. regulations has occurred and, if so, will dictate appropriate remedial measures. The following types of measures are considered «appropriate»: measures that fully remedy the detected violation, such as putting an end to illicit collection of data, deleting data collected illegally, eliminating queries' results carried out inappropriately on data lawfully collected by other means, restrict access to lawfully collected data to properly trained personnel, or withdraw intelligence reports that contain data obtained without sufficient authorization or

¹⁶¹ Commission's Adequacy Decision, Recital 179: «responsible for ensuring that the protection of civil liberties and privacy is appropriately incorporated in policies and procedures of the ODNI and intelligence agencies; overseeing compliance by the ODNI with applicable civil liberties and privacy requirements; and conducting privacy impact assessment».

¹⁶² EO 14086 sec 3.C(i)(B).

¹⁶³ EO 14086 sec 3.C(i)(D)

that have been illicitly disseminated. It is stated that the decisions of the ODNI CLPO are binding on the specific intelligence services¹⁶⁴. However, the decisions are classified material¹⁶⁵. Subsequently, the complainant is informed of the possibility of appealing to the Data Protection Review Court to review the ODNI CLPO's determinations¹⁶⁶.

D. The special advocate

In the event of an appeal to the Court, a special advocate is selected to ensure that the complainant's interests are represented and that the DPRC panel is well informed about all relevant issues of law and fact¹⁶⁷. The special advocate is not appointed by the claimant but by the Attorney General, in consultation with the Secretary of Commerce, the Director of National Intelligence, and the Privacy and Civil Liberties Oversight Board¹⁶⁸, for two-renewable terms.¹⁶⁹ Although the Special Advocate has access to all information relating to the case, including classified information¹⁷⁰, he does not have an attorney-client relationship with the complainant.

E. The Data Protection Review Court intervention

Finally, the Data Protection Review Court reviews the decisions of ODNI CLPO, whether there has been a violation of the applicable U.S. regulations or whether the remedy has been adequate¹⁷¹. The Data Protection Review Court can issue its own determinations if they disagree with the determinations of the ODNI CLPO. Despite these virtues, according to the European Data Protection Board, it is a court that carries out secret decisions and violates the right of citizens to access and rectify data about them¹⁷².

Furthermore, this court does not have full independence¹⁷³. Some authors express that while that the new redress procedure is an improvement over the status quo, it is unlikely to meet EU law's «independence» standard, which requires a judicial body to operate «wholly autonomously» and free from «any hierarchical constraint.»¹⁷⁴ However, other authors state that «under the U.S. legal

¹⁶⁴ Section 3(c)(d) EO 14086.

¹⁶⁵ Section 3(c)(i)(F)-(G) EO 14086.

¹⁶⁶ Sections 3(c)(i)(E)(2)-(3) EO 14086.

¹⁶⁷ Section 3(d)(i)(C) EO 14086 and Section 201.8(e) AG Regulation. [28 CFR §201.8(e)].

¹⁶⁸ 42 U.S.C. § 2000ee (g). The PCLOB is an independent agency within the executive branch composed of a bipartisan, five-member Board appointed by the President for a fixed six-year term with Senate approval. «According to its founding statute, the PCLOB is entrusted with responsibilities in the field of counterterrorism policies and their implementation, with a view to protect privacy and civil liberties. In its review it can access all relevant agency records, reports, audits, reviews, documents, papers and recommendations, including classified information, conduct interviews and hear testimony», Commission's Adequacy Decision, Recital 110.

¹⁶⁹ Section 201.4 AG Regulation.

¹⁷⁰ Section 201.8(c) and 201.11 AG Regulation.

¹⁷¹ Section 3(d)(i)(E) EO 14086 and Section 201.9(c)-(e) AG Regulation.

¹⁷² See EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, Opinion 5/2023 on the European Commission Draft Implementing Decision on the adequate protection of personal data under the EU-US Data Privacy Framework, 28.02.2023.

¹⁷³ NOYB, *European Commission gives EU-US data transfers third round at CJEU*, 10 July 2023, <https://noyb.eu/en/european-commission-gives-eu-us-data-transfers-third-round-cjeu> («which is not a court, but a partly independent executive body»).

¹⁷⁴ GORSKI, Ashley «The Biden Administration's SIGINT Executive Order, Part II: Redress for Unlawful Surveillance», *Just Security* (4 November 2022), <https://www.justsecurity.org/83927/the-biden->

system, an agency-issued regulation has the binding force of law, making it a suitable vehicle for defining the procedures for the review of redress requests and complaints»¹⁷⁵. In contrast to the previous ombudsperson, «the president has limited his discretion by issuing the executive order, which orders the attorney general to adopt a regulation creating an independent redress body. Such legal limits on the powers of the president and the attorney general remain operative for so long as the executive order and DOJ regulation remain in effect»¹⁷⁶. Yet, the EU Commission finding of adequacy should be conditioned on the existence of those limits¹⁷⁷.

F. Result on redress mechanism for unlawful surveillance

The Attorney General Regulation establishes a specific path to process and resolve claims from individuals relating to U.S. signals intelligence activities. Any individual in the EU is entitled to file a complaint with the competent body in relation to possible violations of the U.S. regulations that regulate signals intelligence activities whenever they negatively affect their interests in terms of privacy and civil liberties. The U.S. regulations in this regard are made up of: Executive Order no. 14086, Executive Order no. 12333 and Article 702 of the Foreign Intelligence Surveillance Act. Only individuals from countries or regional economic integration organizations designated by the U.S. Attorney General as «qualifying states» can use this route. In this regard, the EU and the three EFTA countries that make up the EEA were designated by the U.S. Attorney General as «qualifying states» under Executive Order no. 14086¹⁷⁸.

It should be noted that the procedure is not direct before the U.S. Data Protection Review Court. First, EU data subjects who want to make such a complaint must send it to the national data protection authority of the EU Member State responsible for supervising their personal data processing. Although this guarantees an easy way to challenge, since individuals can contact a nearby authority with which they can communicate in their own language¹⁷⁹, it should be noted that it lengthens the procedure since the national data protection authority only channels the claim to the corresponding body through the Secretariat of the European Data Protection Board. In principle, admissibility requirements of claims are not demanding, since individuals do not need to demonstrate that their data has actually been the subject of U.S. signals intelligence activities¹⁸⁰. However, evidence must be shown regarding the belief that personal data has been

administrations-sigint-executive-order-part-ii/; BATLLE, Sergi, and VAN WAEYENBERGE, Arnaud «EU-US Data Privacy Framework: A First Legal Assessment», *European Journal of Risk Regulation*, vol. 15, 2024, pp. 191–200, p. 198. GERKE, Sara, REZAEIKHONAKDAR, Delaram, «Privacy Shield 2.0 ...», *op.cit.*, p. 398.

¹⁷⁵ CHRISTAKIS, Theodore, PROPP, Kenneth & SWIRE, Peter, «The Redress Mechanism in the Privacy Shield Successor: On the Independence and Effective Powers of the DPRC», *IAPP.ORG* (2022), <https://iapp.org/news/a/the-redress-mechanism-in-the-privacy-shield-successor-on-the-independence-and-effective-powers-of-the-dprc>. («To protect against arbitrary or sudden change, modifying or repealing the regulation would require following the same public procedural steps as enacting it in the first place as the Supreme Court found in *Motor Vehicles Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co*»).

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ BARCZENTEWICZ, Mikolaj, «Schrems III: Gauging the Validity of the GDPR Adequacy Decision for the United States» (September 25, 2023). International Center for Law & Economics Issue Brief 2023-09-25, p. 15, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4585431>

¹⁷⁸ See Commission's Adequacy Decision, Recital 176.

¹⁷⁹ Commission's Adequacy Decision, Recital 177 refers to an authority 'close to home'.

¹⁸⁰ See Section 4(k)(i)-(iv) EO 14086.

transferred to the U.S., as well as whether it is known which U.S. public bodies are believed to be involved in the alleged breach; the evidence to substantiate the allegation that a violation of U.S. regulations has occurred, and the nature of the reparation measure requested. It is mentioned that it is not necessary to prove that the U.S. intelligence services collected the personal data¹⁸¹, but such proof may be impossible. Schrems called it the trick on redress, because the Ombudsperson mechanism of the Privacy Shield has been renamed and split to a Civil Liberties Protection Officer (CLPO) and so-called Court¹⁸². It has been called a dual administrative body¹⁸³. The complaint is reviewed by the CLPO. However, the CLPO's answer does not state the grounds of its decision. It neither confirms nor deny if the complainant has been subject to US intelligence activities¹⁸⁴. The CLPO is limited to find no violation, or instead, to request the implementation of appropriate measures. It will inform that the decision may be appeal to the DPRC, and eventually, a special attorney will represent the complainant's interests, but it will not be appointed by him.

The Court of Justice of the European Union would examine these U.S. legal modifications under the lenses of Article 52(3) of the EU Charter, which is intended to ensure the necessary consistency between the rights contained in the EU Charter and the corresponding rights guaranteed in the ECHR. The CJEU found that «account must be taken of the corresponding rights of the ECHR for the purpose of interpreting the Charter, as a minimum threshold of protection».¹⁸⁵

Regarding bulk collection, the European Court of Human Rights (ECtHR) requires an independent authorisation at the outset, when the object and scope of the operation are being defined; and that the operation should be subject to supervision and independent ex post facto review¹⁸⁶. In *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom*, the ECtHR set the criteria for a bulk interception regime to be ECHR compliant under the domestic legal framework, that must clearly defined: 1. the grounds on which bulk interception may be authorised; 2. the circumstances in which an individual's communications may be intercepted; 3. the procedure to be followed for granting authorisation; 4. the procedures to be followed for selecting, examining and using intercept material; 5. the precautions to be taken when communicating the material to other parties; 6. the limits on the duration of interception, the storage of intercept material and the circumstances in which such material must be erased and destroyed; 7. the procedures and modalities for supervision by an independent authority of compliance with the above safeguards and its powers to address non-compliance; 8. the procedures for independent ex post

¹⁸¹ Commission's Adequacy Decision, Recital 178.

¹⁸² NOYB, *European Commission gives EU-US data transfers third round at CJEU*, 10 July 2023, <https://noyb.eu/en/european-commission-gives-eu-us-data-transfers-third-round-cjeu>

¹⁸³ BATLLE & VAN WAEYENBERGE, «EU-US Data Privacy Framework ...», *op.cit.*, p. 195

¹⁸⁴ NOYB affirms that the «judgment» of its «Court» is known before the case is brought and that and they will give the exact same response as the previous «Ombudsperson». NOYB, *European Commission gives EU-US data transfers third round at CJEU*, 10 July 2023, <https://noyb.eu/en/european-commission-gives-eu-us-data-transfers-third-round-cjeu>

¹⁸⁵ C-511/18, C-512/8 and C-520/18, *La Quadrature du Net and Others*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 October 2020, ECLI:EU:C:2020:791.

¹⁸⁶ ECtHR (Grand Chamber), *Big Brother Watch and Others v. The United Kingdom*, 25.05.2021, para. 350, hereinafter Big Brother Watch judgment.

facto review of such compliance and the powers vested in the competent body in addressing instances of non-compliance¹⁸⁷.

Therefore, bulk interception should be authorised by an independent body; that is, a body which is independent of the executive, it does not need to be a court.¹⁸⁸ The European Court of Human Rights is not persuaded that «the acquisition of related communications data through bulk interception is necessarily less intrusive than the acquisition of content»¹⁸⁹. Thus, it considers that the interception, retention and searching of related communications data should be analysed by reference to the same safeguards as those applicable to content.

c. Redress options for commercial matters

Quantity of redress prevails over the quality of avenues of appeal in the EU-US Data Privacy Framework. Most mechanisms provide for a procedure in the U.S., which is not an advantage for a European citizen, although this has been alleviated with digitalization.

First, the individual must contact the U.S. organization that has been certified within the Privacy Framework. If the organization does not resolve the claim but it has designated an independent private entity for dispute resolution in its privacy policy, the claimant can follow this route.

Second, it is possible to direct the complaint to the U.S. authorities in charge of compliance. The individual must contact the Department of Commerce or the Federal Trade Commission. The Department of Commerce does not have the power to impose fines, but if it finds non-compliance, it can delete the organization from the list of entities adhering to the Privacy Framework. The Federal Trade Commission only pursues against acts of unfair competition¹⁹⁰. The Department of Transport is another U.S. enforcement authority but only in its area of responsibility. The Privacy Principles refer vaguely to other enforcement authorities; however, no further public authorities currently appear to exist and neither laws nor other prohibited acts are defined.

Third, the complainant can address the national data protection agency of the competent EU Member State, which is mandatory in the case of data relating to human resources collected in an employment relationship¹⁹¹, where recourse to arbitration is excluded. In this case, it will be the national data protection agency that will oversee making a complaint to the U.S. organization that adheres to the Privacy Framework. U.S. member organizations that have chosen this mechanism must pay a fee to cover coordination with European data protection authorities.

¹⁸⁷ Big Brother Watch judgment, para. 361.

¹⁸⁸ Big Brother Watch judgment, para. 351.

¹⁸⁹ Big Brother Watch judgment, para. 363.

¹⁹⁰ STUCKE, Maurice E., «Addressing Personal Data Collection as Unfair Methods of Competition», *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 38, issue 2, 2023, pp. 717-795. The FTC cannot fix the surveillance economy with its authority under the FTC Act. United States still needs an overarching privacy framework. But the FTC can help close the regulatory gap by exercising the authority that Congress intended it to exercise to help curb data monopolies.

¹⁹¹ See Commission Adequacy Decision, Recital 67.

Fourth, binding arbitration may be used as a last resort, but the arbitrators will be seated in the U.S. and the award can only be reviewed by U.S. courts¹⁹². These must be residual complaints that are unresolved or partially resolved. One of the main shortcomings is that individuals cannot use the mechanism for exceptions to the Privacy Framework Principles or to challenge the adequacy of the Privacy Framework¹⁹³.

3.3. Zooming on selected data protection issues in the U.S.

a. State privacy law

Privacy laws in the United States are sector-specific, protecting consumers by regulating certain financial data, health data, telecommunications data, and data collected by the government. Although these laws provide consumers with specific data protections, these protections are limited in scope and there is no central agency responsible for enforcing them. So far only seven states (California¹⁹⁴, Colorado¹⁹⁵, Connecticut¹⁹⁶, Utah¹⁹⁷, Virginia¹⁹⁸, Texas¹⁹⁹ and Montana²⁰⁰) have comprehensive privacy laws in place. Most of states acts do not afford a private right of action, except the California Consumer Privacy Act (CCPA) that gives individuals the right to seek statutory damages²⁰¹ against a business but only if the consumer is a California resident²⁰². In a comparative sense, the general definition of «personal information» under the CCPA/CPRA is similar to the GDPR definition of «personal data». Yet, the definition of personal information

¹⁹² See JIMÉNEZ-GÓMEZ, Briseida Sofía, «Arbitraje sobre controversias de protección de datos en el acuerdo entre los Estados Unidos y la UE», *La Ley: Mediación y Arbitraje*, núm. 21, 2024, pp. 1-45.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Cal. Civ. Code §1798.100 et seq. (Effective since 1 Jan. 2020). The California Consumers Privacy Act (CCPA) and later, the California Privacy Rights Act (CPRA, into effect on 1 Jan. 2023) creates the first data protection authority in the United States: the California Privacy Protection Agency (CPPA). From 1 July 2023 businesses can be fined for violations of the CPRA by the California Privacy Protection Agency.

¹⁹⁵ Colo. Rev. Stat. § 6-1-1301. (Effective since 1 July 2023).

¹⁹⁶ Conn. Gen. Stat. §§ 42-515—425-526. (Effective since 1 July 2023).

¹⁹⁷ Utah Code § 13-61-101 et seq. (Effective since 31 Dec. 2023).

¹⁹⁸ Va. Code §§ 59.1-571—59.1-581 (Effective since 1 Jan. 2023).

¹⁹⁹ Tex. Bus. & Com. Code §§ 541.001-541.005 (Effective since 1 July 2024).

²⁰⁰ Mont. Code §§30-14-2801—30-14-2817 (Effective since 1 Oct. 2024).

²⁰¹ Cal. Civ. Code §1798.150 Statutory damages will be calculated as an amount between \$100 and \$750, per consumer, per incident. Consumer can recover statutory damages or actual damages (losses that resulted directly from the business's failure to properly secure user data), whichever is greater. Since many data breaches involve other types of personal information, and actual damages can be difficult to prove claims for actual damages are likely to be less common than those for statutory damages. Statutory damages could be recovered if a consumer's credit card details are breached, so the money that is stolen from them would be actual damages.

²⁰² Many cases ended by withdrawal of the claim or by a proposed settlement, *Cullen v. Zoom Video Communications, Inc.*, Civil Docket No. 5:20-cv-02155-LHK (N.D. Cal.) (wherein the plaintiffs initially alleged that Zoom violated the CCPA by improperly sharing their personal information with Facebook, Inc., though this claim was ultimately dropped from the recently amended complaint); *G.R. v. TikTok Inc., et al.*, Civil Docket No. 1:20-cv-05212 (N.D. Ill.) (alleging that TikTok disclosed and/or disseminated biometric identifiers or biometric information to third parties without the plaintiff's consent). The CCPA claims against Zoom and TikTok have now been resolved (either by withdrawal of the claim or by a proposed settlement), but plaintiffs will undoubtedly continue trying to test the limits of the private cause of action. TRIFON, Tara L., KRESS, Lindsey E., «The Murky Waters of the CCPA's Private Right of Action: Real and Perceived Ambiguities Complicating Litigation», *Privacy & Cybersecurity Newsletter*, Nov. 2024, available at: <https://www.lockelord.com/newsandevents/publications/2020/11/the-murky-waters>

subject to the safeguarding and private right of action provision for data breaches is narrower than the general definition of personal information²⁰³. Therefore, this is not a venue for Europeans.

Absence of complete state legislation in the fifty States means that companies are also unclear about what they must comply with and are concerned about the cost that this will entail. Indeed, there is also no uniformity in U.S. state legislation or in the agencies responsible for enforcing such laws, compounded by lack of legitimacy to act on the application of private rights of action.

b. U.S. law progress in automated processing

17 U.S. States have adopted laws on automated processing and generally allowing opt-outs for certain types of decision-making based on profiling²⁰⁴. While there are differences in what is meant by «profiling» between the different States, profiling is generally defined as any form of automated processing performed on personal data to evaluate, analyse, or predict personal aspects related to an identified or identifiable natural person's economic situation, health, personal preferences, interests, reliability, behaviour, location, or movements. Delaware adds a person's «demographic characteristics», and Indiana includes characteristics of health records. Indiana, Tennessee, and Texas limit the definition to «solely automated processing.» However, the new comprehensive privacy laws of Iowa and Utah have no specific provisions on the use of AI for profiling or otherwise. The laws of Connecticut, Delaware, Indiana, Montana, Tennessee, Texas, and Virginia are largely the same. California, Colorado, Florida, and Oregon have some significant differences²⁰⁵. It is typically consumers that can opt-out for profiling.

²⁰³ See Cal. Civ. Code Section 1798.81.5(d)(1)(A) An individual's first name or first initial and the individual's last name in combination with any one or more of the following data elements, when either the name or the data elements are not encrypted or redacted: (i) Social security number. (ii) Driver's license number, California identification card number, tax identification number, passport number, military identification number, or other unique identification number issued on a government document commonly used to verify the identity of a specific individual. (iii) Account number or credit or debit card number, in combination with any required security code, access code, or password that would permit access to an individual's financial account. (iv) Medical information. (v) Health insurance information. (vi) Unique biometric data generated from measurements or technical analysis of human body characteristics, such as a fingerprint, retina, or iris image, used to authenticate a specific individual. Unique biometric data does not include a physical or digital photograph, unless used or stored for facial recognition purposes. (vii) Genetic data. (B) A username or email address in combination with a password or security question and answer that would permit access to an online account.

²⁰⁴ Colorado (Colo. Rev. Stat. Ann. § 6-1-1306), Connecticut (Conn. Gen. Stat. Ann. § 42-518), Delaware (Del. Code Ann. tit. 6, § 12D-104), Florida (Fla. Stat. Ann. § 501.705), Indiana (Ind. Code Ann. § 24-15-3-1), Kentucky (Ky. Rev. Stat. Ann. § 367.3615), Maryland (Maryland Online Data Privacy Act of 2024, enacted May 9, 2024), Minnesota (Minn. Stat. Ann. § 325O.07), Montana (Mont. Code Ann. § 30-14-2808), Nebraska (Neb. Rev. Stat. Ann. § 87-1107), New Hampshire (N.H. Rev. Stat. Ann. § 507-H:4), New Jersey (N.J. Stat. Ann. § 56:8-166.8), Oregon (Or. Rev. Stat. Ann. § 646A.574), Rhode Island (Rhode Island Data Transparency and Privacy Protection Act, enacted June 29, 2024), Tennessee (Tenn. Code Ann. § 47-18-3304), Texas (Tex. Bus. & Com. Code Ann. § 541.051), and Virginia (Va. Code Ann. § 59.1-577).

²⁰⁵ DODSON, Christopher, «Artificial Intelligence Systems, Profiling, and the New U.S. State Privacy Laws», Cyberlawmonitor, 21.09.2023, available at: <https://www.cyberlawmonitor.com/2023/09/21/artificial-intelligence-systems-profiling-and-the-new-u-s-state-privacy-laws/> accessed 6.01.2025.

The FTC has been active with the first enforcement action by the agency that addresses alleged discrimination through the use of automated decision-making technologies²⁰⁶. For example, Rite Aid used surveillance technologies for theft deterrence purposes that involved algorithmic unfairness. Rite Aid agreed to cease using facial recognition or analysis systems for five years and established a monitoring program to address risks if it seeks to use such systems for certain purposes in the future²⁰⁷. The AI was used in an allegedly discriminatory manner that were likely to cause substantial injury to consumers.

Moreover, the FTC has a more proactive enforcement approach on the protection of sensitive data. In 2024 two cases are relevant for health data. First, the FTC has prohibited data broker X-Mode and its successor Outlogic from sharing or selling any sensitive location data to settle allegations that the company sold precise location data that could be used to track people's visits to sensitive locations such as medical and reproductive health clinics and places of worship²⁰⁸. Second, the FTC against Monument that disclosed its users' personal information (online alcohol addiction treatment service) to third party advertising platforms (like Meta and Google) via tracking technologies for advertising and third party marketing purposes²⁰⁹.

c. Lack of general federal law on data privacy

The U.S. Congress failed to enact the American Data Privacy and Protection Act (ADPPA) in the waning days of the Democratic majority in the House of Representatives. The bill as written would have been the first comprehensive data protection law in the United States, except that it had several flaws from a global perspective: it only protected personal data of American citizens²¹⁰, and it left loopholes related to transfers between public and private sectors. Furthermore, the ADPPA federal regulation would have primacy and it would prevent any State from applying legal provisions that cover the same matters as the ADPPA, or even modifying state laws to make them better, that is, to continue advancing the protection of privacy rights. It is not surprising that scholars started to advise to enact a comprehensive federal privacy law²¹¹. It will help to create a harmonized approach to data protection in the United States, as the current situation is described as a labyrinth of privacy laws at the state level²¹². This federal privacy law would eliminate the costs of companies to comply with U.S. law and it will also provide adequate protection to all data subjects in the U.S., not just those residing in states with comprehensive privacy laws.

²⁰⁶ Federal Trade Commission v. Rite Aid Corporation, Complaint for permanent injunction and other relief, 19.12.2023, https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/2023190_riteaid_complaint_filed.pdf

²⁰⁷ SHEN, Lei, *et al.*, «FTC Targets Algorithmic Discrimination in Settlement With Rite Aid», *Cooley*, 24.01.2024, <https://cdp.cooley.com/ftc-targets-algorithmic-discrimination-in-settlement-with-rite-aid/>

²⁰⁸ FEDERAL TRADE COMMISSION, Decision and Order, against X-Mode Social and Outlogic, Inc., and LLC, 11.04.2024, https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/X-ModeSocialDecisionandOrder.pdf

²⁰⁹ Complaint for permanent injunction, civil penalty judgment, and other relief, 4.11.2024, https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/MonumentComplaintFiled.pdf

²¹⁰ GREENLEAF, Graham, «Proposed US federal data privacy law offers strong protections but only to US residents», *Privacy Laws & Business International Report*, vol. 179, no. 1, 2022, pp. 3-7. UNSW Law Research Paper No. 22-50, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4342518>

GREENLEAF, Graham, «Global Data Privacy Laws 2023: 162 National Laws and 20 Bills», *Privacy Laws and Business International Report*, vol. 181, no. 1, 2023, pp. 2-4, p. 3, UNSW Law Research Paper No. 23-48, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4426146>

²¹¹ GERKE & REZAEIKHONAKDAR, «Privacy Shield 2.0 ...», *op.cit.*, p. 400.

²¹² *Ibid.*, p. 400.

d. *Standing before the U.S. Supreme Court*

It should be noted that addressing ordinary U.S. courts to claim illegalities in terms of data protection is not easy. One obstacle turns out to be proving standing of the individual in the U.S. Supreme Court jurisprudence. Any individual, regardless of their nationality, must prove three aspects²¹³. First, suffering a *de facto* injury by the individual. Second, causal connection between the harm and the controversial conduct. Third, it is more likely than speculative that a favorable decision by the court will address the harm²¹⁴. For the purposes of this study, it is significant to note that the U.S. Supreme Court has restricted the doctrine of standing, preventing issues about «privacy» from reaching cassation²¹⁵.

An example is the case of *Ramirez v. TransUnion*²¹⁶. Ramirez filed suit against TransUnion in the United States District Court for the Northern District of California, alleging that the OFAC list violated the Fair Credit Reporting Act (FCRA). This law was established to allow victims of false credit reports to seek avenues for redress. The agency incorrectly placed terrorist alerts on the first page of consumers' credit reports and subsequently sent them confusing and incomplete information about the alerts and how to remove them. Ramírez managed to obtain class action status for his case, along with 8184 other people who were also compared to the OFAC (Office of Foreign Assets Control)²¹⁷ list because they shared a name and had been notified by TransUnion. On appeal they agree with Ramírez but the Supreme Court reviews the case and only those 1853 of the group members have the right to sue, that is, only those whose credit reports were shared with third parties and had demonstrated some type of damage, whether physical, monetary or immaterial, including damage to reputation²¹⁸.

It is questionable whether U.S. courts are the only jurisdiction where individuals can bring monetary actions for damages based on privacy issues and provided that the information has been obtained or disclosed unlawfully and deliberately. It should be noted that, according to the Commission's adequacy decision, European citizens cannot bring claims for damages in the European Union or before the competent courts of a Member State²¹⁹.

²¹³ Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U.S. 555 (1992).

²¹⁴ ELLIOT, Summer, «There's No Understanding Standing for Privacy: An Analysis of *TransUnion v. Ramirez*», *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 37, issue 4, 2023, pp. 1379-1411.

²¹⁵ See SOLOVE, Daniel J., KEATS CITRON, Danielle, «Standing and Privacy Harms: a critique of *Transunion v. Ramirez*», *Boston University Law Review Online*, vol. 101, 2021, pp. 62-71.

²¹⁶ *Ramirez v. TransUnion LLC*, No. 17-17244 (9th Cir. 2020). *Transunion LLC v. Ramirez*, 951 F. 3d 1008, reversed and remanded. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit No. 20-297. Hearing, March 30, 2021—Decided June 25, 2021.

²¹⁷ It is a financial watchdog under the U.S. Department of the Treasury. It deals with the implementation of U.S. international financial sanctions, especially in the context of protecting national security and in support of U.S. foreign policy.

²¹⁸ *Transunion LLC v. Ramirez*, 951 F. 3d 1008, reversed and remanded. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit No. 20-297.

²¹⁹ This has already been criticized by the EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, Opinion 01/2016 on the EU – U.S. Privacy Shield draft adequacy decision, 13.04.2016, 16/EN WP 238, p. 27.

e. Government's assertions of secrecy

The text of FISA lacks any reference to the state secrets privilege, suggesting that its passage did not alter the privilege. Regardless of whether the privilege arises from common law or the Constitution, Congress could not have abrogated it without clear statutory language²²⁰. In the case of surveillance, the U.S. government relies on state secrets privilege to make it exceedingly difficult to establish standing to challenge that surveillance in an ordinary U.S. federal court under Article III of the U.S. Constitution. As Gorski states: «In theory, an ordinary U.S. federal court under Article III of the U.S. Constitution would satisfy the standard of an “independent” and “impartial” tribunal to protect privacy rights. But once again, theory is belied by reality, because vanishingly few plaintiffs in U.S. surveillance cases ever have the merits of their claims heard by a judge or jury.»²²¹ It is a fact that «no civil lawsuit challenging the lawfulness of surveillance under Section 702 of the Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA) or Executive Order 12333 has resulted in a U.S. court opinion addressing the legality of that surveillance. Nor has any litigant obtained a remedy of any kind for Section 702 or EO 12333 surveillance»²²², irrespective of the litigant's nationality.

4. The European institutions voice

4.1. Before passing the adequacy Decision

a. The European Parliament opinion

The European Parliament has been very active on the issue, highlighting its European Parliament Resolution, of May 20, 2021, on the Schrems II ruling²²³. The most notable position regarding the issue at hand is that the European Parliament took a position against it on May 11, 2023, specifically: «Concludes that the EU-US Data Privacy Framework fails to create essential equivalence in the level of protection; calls on the Commission to continue negotiations with its US counterparts with the aim of creating a mechanism that would ensure such equivalence and which would provide the adequate level of protection required by Union data protection law and the Charter as interpreted by the CJEU; calls on the Commission not to adopt the adequacy finding until all the recommendations made in this resolution and the EDPB opinion are fully implemented»²²⁴.

It was clear that the United States is the only country that has no federal privacy law. However, the European Commission did not use the European Parliament concerns to pressure the United

²²⁰ *Federal Bureau of Investigation v. Fazaga et al*, 595 US _ (2022), Mar 4, 2022.

²²¹ GORSKI, «The Biden Administration's SIGINT Executive Order...», *op.cit.*

²²² *Ibid.*

²²³ EUROPEAN PARLIAMENT Resolution of 20 May 2021 on the ruling of the CJEU of 16 July 2020 - Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Limited and Maximilian Schrems ('Schrems II'), Case C-311/18 (2020/2789(RSP)), available at https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0256_EN.html

²²⁴ EUROPEAN PARLIAMENT Resolution of 11 May 2023 on the adequacy of the protection afforded by the EU-US Data Privacy Framework (2023/2501(RSP)), para. 19, available at: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0204_EN.html

States to make changes on the law. The Commission adequacy Decision in recital 222 is aware of this negative position, which, although it may not be binding, is still the position of the representatives of European citizens²²⁵.

b. The European Data Protection Board opinion

Opinion 5/2023 on the draft Implementing Decision of the European Commission on the adequacy of the protection of personal data in accordance with the EU-US data privacy framework was adopted on February 28, 2023, by the European Data Protection Board (EDPB)²²⁶. The fundamental component of the Data Privacy Framework is the Supplemental principles (collectively referred to as «the Principles»).

The principles are also largely the same as those contained in the Privacy Shield project on which WG29 based its opinion in 2016. There are positive aspects of this new privacy framework, such as, for example, the clarification that the encrypted data is personal data.

However, some aspects of the EDPB Opinion are worth mentioning in line with the ideas supported in this work.

Firstly, the EDPB recalls that, to consider that there is an adequate level of protection, both Article 45 of the GDPR and the jurisprudence of the CJEU require that the legislation of the third country offers data subjects an essentially equivalent level of protection to the one guaranteed in the EU²²⁷.

Secondly, the EDPB recommends that the Commission include in the draft Decision a clarification on the scope of application of exemptions, including the safeguards applicable under U.S. law. The EDPB points out that the structure of the annexes and their numbering makes it difficult to locate the information and consult it. This contributes to a complex general presentation of the new framework, which compiles, in its annexes, documents of different legal value and may hinder the correct understanding of the principles by the interested parties, the entities adhering to the principles and the protection authorities of data in the EU.

Thirdly, the EDPB emphasizes that terminology should be used consistently throughout the principles. Likewise, the definition of some essential terms is missing, such as «agent» which seems to be assimilated to «processor» in the GDPR, but this does not have to be the case²²⁸.

Fourthly, there are also no guarantees for onward transfers²²⁹, nor are there specific U.S. rules on automated decisions, in particular, the right of the individual to know the underlying logic to challenge the decision, and to obtain human intervention when the decision significantly affects him or her.

²²⁵ With 306 votes in favor, 231 abstaining, and 27 against.

²²⁶ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, Opinion 5/2023 on the European Commission Draft Implementing Decision on the adequate protection of personal data under the EU-US Data Privacy Framework, 28.02.2023.

²²⁷ *Ibid*, p. 2.

²²⁸ *Ibid*, p. 3.

²²⁹ *Ibid.*, p. 3.

Finally, it is also notable that the level of protection of individuals seems to vary according to specific sectoral regulations, when these exist²³⁰.

4.2. First review assessment of the adequacy Decision

a. The European Commission report

More than 2800 companies have been certified under the DPF by the DoC, only 33 applications have been rejected. The DoC has not detected issues of compliance during the first year of the DPF Principles. There have been very few number of complaints which suggests that individuals may not be aware of their rights or the mechanism to exercise them²³¹.

The Commission considers that U.S. authorities have put in place the structures and procedures to ensure that the DPF works. In the report the Commission expresses its intention to monitor amendments of Section 702 FISA and the nomination and appointment of members to the PCLOB to fill vacancies. Moreover, the Commission invites the DoC to monitor the supervision and compliance with the Principles, as well as the FTC to engage in a more active activity to the investigation of compliance by the certified companies. It also announces that both U.S. and EU authorities should cooperate to develop guidance on HR data and onward transfers.

b. The European Data Protection Board opinion

There are several points of concerns with the current DPF for the European Data Protection Board.

First, the lack of *ex officio* oversight and enforcement actions from U.S. authorities is mentioned, in particular, considering the very few complaints by concerned individuals that might trigger enforcement action²³². Proactive enforcement actions by the DoC, the U.S. FTC and U.S. DoT is needed to ensure compliance with the principles because automated compliance tools cannot substitute investigations²³³. It is neither clear if inactive organisations (2600 listed) or organisations that withdrew the DPF had returned, deleted or retained personal data²³⁴.

Second, regarding the independent recourse mechanisms, they have received only eight eligible complaints out of 113. The IRM reports do not specify how conflict of interests are precluded and they are not presented in standardised form²³⁵. None of the EU data protection authorities have received complaints from EU individuals concerning non-compliance with the DPF. Neither the

²³⁰ See *supra* in this paper, section 3.3.

²³¹ EUROPEAN COMMISSION, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the first periodic review of the functioning of the adequacy decision on the EU-US Data Privacy Framework*, Brussels, 9.10.2024, COM(2024) 451 final, p.7.

²³² EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Report on the first review...*, *op.cit.*, p. 7.

²³³ *Ibid.*, p. 7.

²³⁴ *Ibid.*, p. 8.

²³⁵ *Ibid.*, p. 8.

US DoC has received any complaint or referral from other authority. No binding arbitration has been started during the first review²³⁶.

Third, concerning the accountability for onward transfers principle, it is stated that companies may not be aware of the requirements for transfers received from EU importers to third countries that do not benefit from an adequacy decision by the EU Commission²³⁷. These companies may be using tools to conduct onward transfers that «do not provide the same level of protection for the onward transferred personal data as the one guaranteed by the DPF Principles»²³⁸.

Fourth, the interpretation of the concept of HR Data under the DPF is problematic. The EDPB defines HR data as «any personal data concerning an employee in the context of an employment relationship, irrespective of whether the data is transferred within a corporate group or to a different commercial operator». However, the DoC considers that only the processing of employees' data within a corporate group is HR Data under the DPF. The Principle refers to «personal information to its employees (past or present) collected in the context of the employment relationship, to a parent, affiliate, or unaffiliated service provider in the United States participating in the EU-U.S. DPF»²³⁹. Therefore, the DPF is not restricted to employees' data transfers of the same corporate group. This interpretation is relevant as EU data protection authorities have power to handle complaints on HR data in the jurisdiction where the employees work²⁴⁰. In addition, the U.S. organization (covered by the DPF) «must respond directly to such authorities with regard to the investigation and resolution of complaints»²⁴¹. The DoC will develop guidance to U.S. companies to clarify these notions.

Fifth, on access and use of personal data transferred under the decision by U.S. public authorities, the EDPB needs to monitor the effects of the implementation of necessity and proportionality by the EO 14086²⁴². The EDPB acknowledges that it is not in a position to fully assess that implementation²⁴³ and it needs more information, including practical examples and changes in day-to-day operations of the agencies. The EDPB does not criticize the possibility to establish secret objectives for which signals intelligence collection activities can take place. However, it emphasized the need to implement independent oversight mechanisms. Apparently, the PCLOB may review secret updates of the list of legitimate objectives following a request for classified information²⁴⁴. Yet the EDPB emphasizes that collection data in bulk under U.S. law neither provides for a requirement of prior authorization by an independent authority nor for a systematic independent review by a court or an equivalent independent body²⁴⁵. Indeed, new

²³⁶ For a thorough analysis of this arbitration, see JIMÉNEZ-GÓMEZ, «Arbitraje sobre controversias ...», *op.cit.*, pp. 1-45.

²³⁷ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, Report on the first review..., *op.cit.*, p. 9.

²³⁸ *Ibid.*, p. 10.

²³⁹ Section III, 9, (a), (i) of the Annex I of the DPF.

²⁴⁰ Section III, 9, (d), (i) of the Annex I of the DPF.

²⁴¹ Principle 7 (b) Annex I of the DPF.

²⁴² EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, Report on the first review..., *op.cit.*, p. 12.

²⁴³ *Ibid.*, p. 13.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 14.

²⁴⁵ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, Report on the first review of the European Commission Implementing Decision on the adequate protection of personal data under the EU-US Data Privacy Framework, version 1.1., 4 november 2024, pp. 14-15.

European Court of Human Rights caselaw held on independent prior authorisation of secret surveillance measures²⁴⁶. The ECtHR considered that the existing authorisation procedure should be supplemented by other *post factum* procedural review mechanisms; for example, where the surveillance had not led to criminal proceedings, a remedy available to persons who were concerned that they had been subjected to surveillance, with the possibility of seeking judicial review and a separate review by an independent body. For example, in *Pietrzak and Bychawska-Siniarska and Others v. Poland*, Polish law did not appear to contain appropriate provisions in that regard; nor did it provide for an obligation to inform the person targeted by a surveillance measure, even after a certain period of time had elapsed, and even where this would not compromise the aim of the measure²⁴⁷.

Sixth, RISAA (Reform Intelligence and Securing America Act) extends Section 702 FISA for two years (2023-2026). However, it did not incorporate the PCLOB's recommendation to codify additional safeguards²⁴⁸. Some problems are the inconsistency of the definition of «foreign intelligence» since it is different in the EO and Section 702 FISA, and the expansion of the definition of «electronic communication service provider», so new entities are required to disclosed personal information under Section 702 FISA. The new «electronic communication service provider» definition covers «any other service provider who has access to equipment that is being used or may be used to transmit or store wire or electronic communications». Apparently, this inclusion is to cover a type of service provider in the litigation before FISA courts, but the EDPB states that this definition is not sufficiently clear to know which companies are within the scope, and in any case, the risk depends on the volume of personal data handled by the companies under scope, not on the number of companies²⁴⁹. Moreover, the EDPB observes that RISA changes the role of amicus curiae before the FISC (U.S. Intelligence Service Court) and the FISCR (U.S. Intelligence Service Court of Review) as amici curiae are limited to addressing the specific issues identified by the court, but they should advice on the privacy interest as the data subject is not a party to the proceedings before the court²⁵⁰.

Seventh, on effective redress mechanisms including the independence of the DPRC, the EDPB notes that it has not yet been triggered and the annual review of the Privacy and Civil Liberties Oversight Board (PCLOB) is still pending²⁵¹. A general standard response by the DPRC to the complainant and the DPRC's decisions cannot be appealed are also issues of concern²⁵². Moreover, President Trump recently fired the three democrats on the PCLOB²⁵³. Since these

²⁴⁶ ECtHR (Section First), *Pietrzak and Bychawska-Siniarska and Others v. Poland*, 28.05.2025.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, Report on the first review..., *op.cit.*, p. 15.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 17.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 18.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 19.

²⁵² *Ibid.*, p. 19.

²⁵³ This was after the EDPB opinion, see NOJEIM, Greg, LORENZO PEREZ, Silvia, «Trump's Sacking of PCLOB Members Threatens Data Privacy», *Lawfare*, 31 January 2025, available at <https://www.lawfaremedia.org/article/trump-s-sacking-of-pclob-members-threatens-data-privacy>; NOYB, «US Cloud soon illegal? Trump punches first hole in EU-US Data Deal», 23 January 2025, available at: <https://noyb.eu/en/us-cloud-soon-illegal-trump-punches-first-hole-eu-us-data-deal>

firings bring the Board to a sub-quorum level, they have the potential to significantly disrupt transatlantic transfers of personal data from the EU to the U.S. under the DPF.

Eighth, EO 14086 safeguards do not apply to the purchase of personal data by U.S. intelligence agencies. Other rules such as a binding Intelligence Policy Framework set standards for how intelligence agencies acquire and use commercially available information (CAI)²⁵⁴. This framework was released on 8 May 2024²⁵⁵. This recent framework does not provide for the principles of necessity and proportionality, nor does it address legal remedies. In addition, there is uncertainty about the extent of safeguards for non-U.S. persons²⁵⁶.

5. Conclusion

The Commission adequacy Decision of 10 July 2023 finds that the United States provides an adequate level of protection for personal data transferred from the European Union to the United States. This legal instrument binds on all the Member States of the EU and binds on all their organs, including national supervisory authorities. It produces the effect of authorizing such transfers of personal data, without additional requirements, that other alternative means such as SCC, BCR or codes of conducts need. US organizations have to comply with seven basic principles (notice, choice, accountability for onward transfers, security, data integrity and purpose limitation, data access and recourse, liability and effective enforcement regulation) and sixteen supplemental principles. The Supplementary Principles address specific subjects, sensitive data, exceptions arising from freedom of the press, exemption from subsidiary liability of internet service providers, the exercise of due diligence and the conduct of audits for which the consent or knowledge of the data subject is not required, the role of data protection authorities, the principle of self-certification, verification through monitoring procedures, limitations on the right of access, human resources data, binding contracts for onward transfers, the establishment of a dispute resolution and enforcement mechanism, time limit for exercising the right to object, travel information, medical and pharmaceutical products, information from public records and publicly accessible information and access requests by public authorities.

However, the Privacy Framework Principles are established to develop international trade, the only real interest of the U.S. The Privacy Framework Principles are parallel to U.S. or European law, so they do not affect either U.S. law or the EU Regulations of Data Protection. Furthermore, the Principles are voluntary for organizations that wish to join but once they self-certify, they

²⁵⁴ CAI refers to the vast quantities of data—collected from a wide range of sources, including cell phones and other personal devices, cars, household appliances, and social media accounts—that are available for purchase from data brokers and other commercial entities. AYOUB, Emily, «Assessing the Intelligence Community’s Policy Framework for Commercially Available Information», *Just Security*, May 24, 2024, <https://www.justsecurity.org/96015/commercially-available-information/>

²⁵⁵ Some of the principles of the policy framework have been described as «simply restate basic constitutional requirements and constraints, calling into question the added value of including them in the policy. Moreover, ..., the subjectivity and discretion built into many of these principles could allow IC agencies to prioritize “flexibility to experiment” with CAI over protecting Americans’ privacy and civil liberties». AYOUB, «Assessing...», *op.cit.*

²⁵⁶ See EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, Report on the first review..., *op.cit.*, p. 21.

must comply with them. In essence, there has been little change from the original Safe Harbor Principles and the infamous Privacy Shield. Thus, the Privacy Framework is not available to insurance companies, financial institutions or nonprofit organizations, since they are not under the control of either the Federal Trade Commission or the U.S. Department of Transportation. Companies outside the Data Privacy Framework list do not benefit from the adequacy decision of the European Commission, which means they need to use alternative safeguards to transfer personal data like standard contractual clauses and binding corporate rules.

On the one hand, the shortcomings observed are that 14086 E.O. allows in some cases bulk collection of data (including communications content) using signals intelligence and does not provide for separate prior authorization for bulk collection. The assessment of whether the laws in question provide effective safeguards must be based not only on the laws as they exist in the corpus of legislation, but also on (a) the actual functioning of the surveillance regime and (b) the existence or absence of evidence of actual abuses²⁵⁷. The first periodic review of the Commission has showed that although the constitutive elements of the framework are in place, experience with the practical application of the safeguards is limited²⁵⁸. The EDPB maintains its concern on the lack of prior authorisation by an independent authority and the lack of a systematic independent *ex post* review by a court or equivalently independent body²⁵⁹.

In addition, through trade and brokers, the U.S. government can access data with fewer protections than access through intelligence signals. Ongoing monitoring by the Privacy and Civil Liberties Oversight Board and the European Data Protection Board would reveal if the EO 14086 is not undermined. With Trump's return to the White House, members of the Privacy and Civil Liberties Oversight Board have already been removed.

At state level the United States has developed legislation on the automated processing of personal data and allows opt-outs for certain types of decision-making bases on profiling. In addition, several states have comprehensive privacy acts. However, there is not a federal privacy act in the United States, preventing a harmonized approach to data protection and causing hurdles to companies to comply with U.S. law. Moreover, standing and secrecy assertions by the government limits any decision by U.S. courts on privacy matters.

The Data Privacy Framework seems a temporal solution, as U.S. law is still developing in terms of access by public authorities to personal data transferred from the European Union to the United States. Congress passed the Reforming Intelligence and Securing America Act (RISAA) on 19 April 2024, re-authorising Section 702 FISA for 2 years. Section 702 FISA was set to expire at the end of 2023, but it continues targeting non-U.S. persons reasonably believed to be located outside the U.S. to acquire foreign intelligence information. The EDPB regrets that RISAA did not incorporate the PCLOB's recommendation to codify certain safeguards of EO 14086 in Section 702 FISA. First, the definition of foreign intelligence information has been expanded to include information related to counternarcotics. The definition of foreign intelligence should be

²⁵⁷ ECJ (SECTION FIRST), *Pietrzak and Bychawska-Siniarska and Others v. Poland*, 28.05.2025., para.194.

²⁵⁸ EUROPEAN COMMISSION, *Report on the first periodic review ...op.cit.*, p. 21.

²⁵⁹ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Report on the first review ...op.cit.*, pp. 14-15.

aligned in the EO and Section 702 FISA and confer explicit jurisdiction to the FISC to enforce the EO when evaluating Section 702 FISA collection practices.

As the European Court of Human Rights has held «an effective remedy should be available to anyone who suspects that his or her communications have been intercepted by the intelligence services, either to challenge the lawfulness of the suspected interception or the Convention compliance of the interception regime»²⁶⁰. Regarding concerns about redress mechanisms in the case of signals intelligence access, two layers of review are included in the President Biden's Executive Order on Enhancing Safeguards for Signals Intelligence Activities of October 7, 2022. Initially, the Civil Liberties Protection Officer who begins an investigation if a complaint is received, determining whether U.S. law, including Executive Order No. 14086, has been violated, whose novelty is the right of access for individuals. In a second stage, the Data Protection Review Court may intervene in matters of data protection, which establishes a final and binding decision. However, it must be considered that the complainant does not come into direct contact with the «Court of Appeal» on data protection matters.

In principle, the new DPRC will independently review determinations made by the Civil Liberties Protection Officer of the Office of the Director of National Intelligence in response to «qualified» complaints submitted by citizens through «appropriate» public authorities, which they allege violations of U.S. law in the conduct of U.S. signals intelligence activities. However, as it has been analyzed, these mechanisms do not seem to be very transparent and the standard answer by the DPRC and the CLPO under EO 148086 remains a concern.

On the other hand, it is still very unfortunate that the U.S. President can modify the Executive Order on which the data protection guarantees towards the U.S. are based. Nor can its interpretation be predictable or clear since U.S. law enforcement, if such law exists, is left to chance since the U.S. does not have federal legislation on privacy, and how the new mechanisms are working in practice will be specified, having to wait for the next review report from the European Commission itself. In addition to these ambiguities, clear concerns about the independence of the Data Protection Review Court arises, where the President of the United States can also revoke decisions, which are secret, and these can also be revoked in secret. There is no transparency nor impartiality, no matter how much political agreements or letters from authorities try to remedy it with explanations, also included in the adequacy decision recitals on these judges' independence, when they are part of the executive branch and not the judicial branch. Therefore, with such interference between branches, there cannot be guarantee for independence of powers.

At a technical level, it is incoherent that the Court is called «data protection review court» and yet the necessary expertise is in «privacy», which, on the other hand, is the American term in its legislation. However, the Commission Decision only refers to «data protection» to refer to E.U. law.

Furthermore, although it is frequently said that the conditions of access by U.S. intelligence units will be in accordance with «necessity» and «proportionality» requirements, it seems that the

²⁶⁰ Big Brother Watch and Others v. The United Kingdom, para. 357.

reference point is the U.S. legal system²⁶¹, while the Court of Justice has assessed «necessity» and «proportionality» of these measures in accordance with European Union law and, crucially, the EU Charter of Fundamental Rights. It is clear that a legal basis which permits interference with fundamental rights must, in order to satisfy the requirements of the principle of proportionality, itself define the scope of the limitation on the exercise of the right concerned and lay down clear and precise rules governing the scope and application of the measure in question and imposing minimum safeguards²⁶². In this regard, on their interpretation and compliance relative to the DPF Principles, those doubtful issues are resolved in accordance with U.S. law, except when the participating organizations have shown their commitment to cooperate with the European data protection authorities. This exception introduces the possibility of not cooperating with the European data protection authorities and, nevertheless, being adhered to the Data Privacy Framework. This is possible because the dispute resolution mechanism is left to the organization's choice and it may be a panel established by the European data protection authorities, a private alternative resolution mechanism established in the EU or the United States. Thus, a U.S.-based dispute resolution service provider can be chosen, which could not be disputed by European citizens.

Finally, the Data Privacy Framework seems an improvement in comparison to the past situation (the Ombudsman mechanism, the more targeted objectives by Signal activities), but not robust enough to pass the examination of the Court of Justice of the European Union. An eventual invalidation of the new adequacy decision would require resorting to other transfer mechanisms, such as standard contractual clauses or binding corporate rules to be safe in personal data transfers to the United States, where competent courts could be directly included, which would facilitate avenues of appeal regarding data protection. The main disadvantage is that transatlantic data flows remain an unstable area with potential future impact in companies operating cross-border.

²⁶¹ 14086 Executive Order declares that FISA mass surveillance 702 is «proportionate» according to an undisclosed «U.S. interpretation» of the word and contrary to the two conclusions of the CJEU. In this way, the EU and the U.S. could affirm that they agreed on the same word («proportional»), even when there is no agreement on the meaning of the word.

²⁶² Schrems II, para. 180.

6. Bibliography

AKKERMANS, Bram, «The Influence of the Four (or Five) Freedoms on Property Law», in VAN ERP, Sjef and ZIMMERMANN, Katja (eds.), *Research Handbook on European Union Property Law*, Northampton, Edward Elgar Publishers, 2023, accessed to the SSRN version, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4232332

AYOUB, Emily, «Assessing the Intelligence Community's Policy Framework for Commercially Available Information», *Just Security*, May 24, 2024, <https://www.justsecurity.org/96015/commercially-available-information/>

BARCZENTEWICZ, Mikolaj, «Schrems III: Gauging the Validity of the GDPR Adequacy Decision for the United States» (September 25, 2023). International Center for Law & Economics Issue Brief 2023-09-25, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4585431>

BATLLE, Sergi, and VAN WAEYENBERGE, Arnaud «EU–US Data Privacy Framework: A First Legal Assessment», *European Journal of Risk Regulation*, vol. 15, 2024, pp. 191–200.

BRADFORD, Anu, *The Brussels Effect: How the European Union Rules de World*, Oxford University Press, 2020.

CHANDER, Anupam, SCHWARTZ, Paul M., «Privacy and/or Trade», *University Chicago Law Review*, vol. 90, issue 1, 2023, pp. 49-135.

CHRISTAKIS, Theodore, PROPP, Kenneth & SWIRE, Peter, «The Redress Mechanism in the Privacy Shield Successor: On the Independence and Effective Powers of the DPRC», *IAPP.ORG* (2022), <https://iapp.org/news/a/the-redress-mechanism-in-the-privacy-shield-successor-on-the-independence-and-effective-powers-of-the-dprc>.

CORRALES COMPAGNUCCI, Marcelo, FENWICK, Marc, ABOY, Mateo AND MINSEN, Timo, «Supplementary Measures and Appropriate Safeguards for International Transfers of Health Data After *Schrems II*», in M. Corrales Compagnucci et al. (eds), *The Law and Ethics of Data Sharing in Health Sciences, Perspectives in Law, Business and Innovation*, Springer, Singapor, 2024, pp. 151-171.

DODSON, Christopher, «Artificial Intelligence Systems, Profiling, and the New U.S. State Privacy Laws», *Cyberlawmonitor*, 21.09.2023, available at: <https://www.cyberlawmonitor.com/2023/09/21/artificial-intelligence-systems-profiling-and-the-new-u-s-state-privacy-laws/>

DUTCH DATA PROTECTION AUTHORITY, Press release, Dutch DPA imposes a fine of 290 million euro on Uber because of transfers of drivers' data to the US, 26.08.2024, <https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/en/current/dutch-dpa-imposes-a-fine-of-290-million-euro-on-uber-because-of-transfers-of-drivers-data-to-the-us>

ELLIOT, Summer, «There's No Understanding Standing for Privacy: An Analysis of *TransUnion v. Ramirez*», *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 37, issue 4, 2023, pp. 1379-1411.

EUROPEAN COMMISSION, Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the first periodic review of the functioning of the adequacy decision on the EU-US Data Privacy Framework, Brussels, 9.10.2024, COM(2024) 451 final.

EUROPEAN COMMISSION, Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the first review of the functioning of the adequacy decisions adopted pursuant to Article 25(6) of Directive 95/46/EC, COM/2024/7 final, Brussels, 15.1.2024.

EUROPEAN COMMISSION, Press release, «Data Protection: European Commission adopts new adequacy decision for safe and trusted EU-US data flows», 10.07.2023, available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3721

EUROPEAN COMMISSION, Implementing Decision of 10.7.2023 pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the adequate level of protection of personal data under the EU-US Data Privacy Framework, Brussels, 10.7.2023 C(2023) 4745 final https://commission.europa.eu/system/files/2023-07/Adequacy%20decision%20EU-US%20Data%20Privacy%20Framework_en.pdf

EUROPEAN COMMISSION, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *Exchanging and Protecting Personal Data in a Globalised World*, COM (2017)7, 10.1.2017.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, Adequacy Referential, WP 254 rev. 01., available at <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/614108>

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, Opinion 5/2023 on the European Commission Draft Implementing Decision on the adequate protection of personal data under the EU-US Data Privacy Framework, 28.02.2023.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, Report on the first review of the European Commission Implementing Decision on the adequate protection of personal data under the EU-US Data Privacy Framework, version 1.1., 4 november 2024.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, Press release, EDPS follows up on the compliance of European Commission's use of Microsoft 365 on 10 December 2024, 10.12.2023, https://www.edps.europa.eu/press-publications/press-news/press-releases/2024/edps-follows-compliance-european-commissions-use-microsoft-365_en

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, EDPS Statement following the Court of Justice ruling in Case C-311/18 Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Ltd and Maximilian Schrems ("Schrems II"), 17.07.2020, https://www.edps.europa.eu/press-publications/press-news/press-releases/2020/edps-statement-following-court-justice-ruling_en

EUROPEAN PARLIAMENT, Resolution of 11 May 2023 on the adequacy of the protection afforded by the EU-US Data Privacy Framework (2023/2501(RSP)), available at https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0204_EN.html

EUROPEAN PARLIAMENT, Resolution of 20 May 2021 on the ruling of the CJEU of 16 July 2020 - Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Limited and Maximilian Schrems ('Schrems II'), Case C-311/18 (2020/2789(RSP)), available at https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0256_EN.html

FEDERAL TRADE COMMISSION V. RITE AID CORPORATION, COMPLAINT FOR PERMANENT INJUNCTION AND OTHER RELIEF, 19.12.2023, https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/2023190_riteaid_complaint_filed.pdf

FEDERAL TRADE COMMISSION, DECISION AND ORDER, AGAINST X-MODE SOCIAL AND OUTLOGIC, INC., AND LLC, 11.04.2024, https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/X-ModeSocialDecisionandOrder.pdf

GERKE, Sara, REZAEIKHONAKDAR, Delaram, «Privacy Shield 2.0 — A New Trans-Atlantic Data Privacy Framework Between the European Union and the United States», *Cardozo Law Review*, vol. 45, no. 2, 2023, pp. 351-403.

GREENLEAF, Graham, «Global Data Privacy Laws 2023: 162 National Laws and 20 Bills», *Privacy Laws and Business International Report*, vol. 181, no. 1, 2023, pp. 2-4. UNSW Law Research Paper No. 23-48, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4426146>

GREENLEAF, Graham, «Proposed US federal data privacy law offers strong protections but only to US residents», *Privacy Laws & Business International Report*, vol. 179, no. 1, 2022, pp. 3-7. UNSW Law Research Paper No. 22-50, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4342518>

GREENLEAF, Graham, «‘European’ Data Privacy Standards Implemented in Laws Outside Europe», *Privacy Laws and Business International Report*, 2017, vol. 149, no. 1, pp. 21-23. UNSW Law Research Paper No. 18-2, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3096314>

JIMÉNEZ-GÓMEZ, Briseida Sofía, «Arbitraje sobre controversias de protección de datos en el acuerdo entre los Estados Unidos y la UE», *La Ley: Mediación y Arbitraje*, no. 21, 2024, pp. 1-45.

JIMÉNEZ-GÓMEZ, Briseida Sofía, «Cross-Border Data Transfers Between the EU and the U.S.: A Transatlantic Dispute», *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 19, issue 2, 2021, pp. 1-45.

JURCYS, Paulius, CORRALES COMPAGNUCCI, Marcelo, FENWICK, Marc, «The future of international data transfers: Managing legal risk with a ‘user held’ data model», *Computer Law & Security Review*, vol. 46, 2022, Article 105691, <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2022.105691>

KOKOTT, Juliane, SOBOTTA, Christoph, «The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR», *International Data Privacy Law*, 2013, Vol. 3, No. 4, pp. 222-228.

KORFF, Douwe, «Korff on Kuner: Schrems II Re-Examined», *Data protection and digital competition*, (3.09.2020), <https://www.ianbrown.tech/2020/09/03/korff-on-kuner-schrems-ii-re-examined/>

KUNER, Cristopher, «Schrems II Re-Examined», *Verfassungsblog* (25.08.2020), <https://verfassungsblog.de/schrems-ii-re-examined>

KUNER, Cristopher, *Transborder Data Flows and Data Privacy Law*, Oxford University Press, 2013.

LENAERTS, Koen, «Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU», *German Law Journal*, vol. 20, 2019, pp. 779–793.

MOEREL, Lokke, *Binding Corporate Rules*, Corporate Self-Regulation of Global Data Transfers, Oxford University Press, 2012.

NISSENBAUM, Helen, *Privacy in Context: Technology, Policy, and The Integrity of Social Life*, Stanford University Press, 2010.

NOJEIM, Greg, LORENZO PEREZ, Silvia, «Trump's Sacking of PCLOB Members Threatens Data Privacy», *Lawfare*, 31 January, 2025, available at <https://www.lawfaremedia.org/article/trump-s-sacking-of-pclob-members-threatens-data-privacy>

NOYB, «US Cloud soon illegal? Trump punches first hole in EU-US Data Deal», 23.01.2025, available at: <https://noyb.eu/en/us-cloud-soon-illegal-trump-punches-first-hole-eu-us-data-deal>

NOYB, *European Commission gives EU-US data transfers third round at CJEU*, 10.07.2023, available at: <https://noyb.eu/en/european-commission-gives-eu-us-data-transfers-third-round-cjeu>

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, «¿Y a la tercera va la vencida?... El nuevo marco transatlántico de privacidad de datos UE-EE.UU.», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, N° 1, 2024, pp. 483-513.

PURTOVA, Nadezhda, *Property Rights in Personal Data, A European Perspective*, Alphen aan den Rijn, Wolter Kluwer, 2012.

REIDENBERG, Joel R., «Resolving Conflicting International Data Privacy Rules in Cyberspace», *Stan. L. Rev.*, vol. 52, 1999-2000, p. 1315 y ss., p. 1318.

RUBINSTEIN, Ira, MARGULIES, Peter, «Risk and Rights in Transatlantic Data Transfers: EU Privacy Law, U.S. Surveillance, and the Search for Common Ground», *Connecticut Law Review*, vol. 54, 2022, pp. 518-456.

SHEN, Lei, *et al.*, «FTC Targets Algorithmic Discrimination in Settlement With Rite Aid», *Cooley*, 24.01.2024, <https://cdp.cooley.com/ftc-targets-algorithmic-discrimination-in-settlement-with-rite-aid/>

SOLOVE, Daniel J., KEATS CITRON, Danielle, «Standing and Privacy Harms: a critique of Transunion v. Ramirez», *Boston University Law Review Online*, vol. 101, 2021, pp. 62-71.

STUCKE, Maurice E., «Addressing Personal Data Collection as Unfair Methods of Competition», *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 38, issue 2, 2023, pp. 717-795.

TRIFON, Tara L., KRESS, Lindsey E., «The Murky Waters of the CCPA's Private Right of Action: Real and Perceived Ambiguities Complicating Litigation», *Privacy & Cybersecurity Newsletter*, Nov. 2024, available at <https://www.lockelord.com/newsandevents/publications/2020/11/the-murky-waters>

VOSS, W. Gregory, «Transatlantic Data Transfer Compliance», *Boston University Journal of Sciences and Technology Law*, vol. 28, 2022, pp. 158-214.

Sobre la acción directa en un contrato de transporte internacional por carretera (CMR) entre entidades españolas. Comentario a la STS (sala 1ª) 882/2025, de 3 de junio

Tomás Rubio Garrido

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Sevilla

-

La reciente STS nº 882/2025, de 3 de junio, rec. Cas. 5377/2020 (Sala 1ª) -ECLI: ES: TS: 2025: 2717-, pese a la escasa cuantía del litigio que ha resuelto, me pareció de cierto interés dogmático desde que la leí.

Aunque se limita a resolver una cuestión de enunciado aparentemente sencillo (si la acción directa del porteador contemplada por la vigente Ley de Ordenación del transporte terrestre es aplicable a un subcontrato de transporte internacional por carretera sujeto al Convenio relativo al Transporte Internacional de Carretera de 19 de mayo de 1956 -Convenio CMR o CMR-), suscita algunas reflexiones sobre la teoría de las fuentes del Derecho en el ordenamiento español, la naturaleza de determinados convenios internacionales sectoriales y aun sobre ciertos extremos relativos a la eficacia en el espacio de las normas jurídicas españolas ⁽¹⁾.

I.- Los hechos ⁽²⁾, en resumen, fueron los siguientes:

1.- La transportista (porteadora) fue una modesta sociedad limitada, con domicilio social y centro principal de actividad en Alcalá de Guadaíra (Sevilla).

2.- La entidad que a ella le encargó los transportes era también española, con domicilio social en Tarragona, habiendo sido condenada en rebeldía en primera instancia. Dicha entidad (DO-BO S.L.) se declaró en concurso poco después de que la porteadora ejecutara el contrato con exactitud, dejando a deber el importe de 25.000 euros, que fue lo reclamado por la demanda (más obviamente los intereses a que hubiera lugar).

3.- A su vez, la entidad DO-BO SL había recibido, antes, el encargo de efectuar el mismo transporte de J.F. HILLEBRAND SPAIN SA.

Aunque en su razón social emplea una denominación que es una suerte de logotipo o emblema de una multinacional, esta entidad resulta ser también una sociedad española, con domicilio social en Barcelona.

4.- J.F. HILLEBRAND SPAIN SA había recibido el encargo para ese concreto transporte de la entidad vinculada J.F.HILLEBRAND UK, que era, en verdad, la que suscribió el contrato con la cargadora o destinataria final, que era la adquirente de los productos (botellas de vino) que habían de ser porteados: almacenes HARRODS en Londres.

5.- La entidad alcalareña, quien resultó ser el último eslabón de esta cadena de subcontratación, asumió el deber de recoger los cargamentos de vino en dos localidades sitas en territorio español:

¹ Que intentaré abordar, no sin ocultar algo de temor por mi condición de mero civilista, pidiendo disculpas por errores que pueda cometer al inmiscuirme en terrenos que hoy se tratan desde el Derecho internacional.

² Agradezco al letrado de la entidad demandante -a quien he contactado al efecto-, que me haya ilustrado el completo acervo fáctico del litigio.

Casas-Ibáñez (Albacete) y Manzanares (Ciudad-Real), donde tienen su sede las cooperativas agrícolas vendedoras de la mercancía, y llevarlos hasta Londres.

6.- La porteadora asumió sus obligaciones mediante intercambio de mails en los que, dada la internacionalidad de ciertos elementos del transporte a ejecutar, se le recordada la sujeción de toda la prestación de sus servicios al Convenio CMR.

7.- La entidad transportista final codemandó, en la jurisdicción mercantil, a la agencia (DO-BO), que fue la que le formalizó telemáticamente el encargo (y que a la postre resultó ser la subcontratante tercera), y a J.F. HILLEBRAND SPAIN SA (que resultó ser la subcontratante segunda), reclamando solidariamente a ambas los mencionados 25.000 euros más intereses legales, en razón directa del contrato por ella perfeccionado -en lo que se refería a la primera entidad-, y en virtud de la acción directa prevista en la ley 9/2013, de 4 de julio, que modificó la ley 16/87, de Ordenación del Transporte terrestre -en lo que se refería a la segunda-.

8.- La sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado de lo mercantil de Tarragona, estimó la demanda contra DO-BO SL, y la desestimó contra J.F. HILLEBRAND SPAIN SA, al entender no aplicable la acción directa prevista por la norma española a un contrato de transporte sujeto al CMR, aunque sin imposición de costas frente a la codemandada absuelta, al considerar la juzgadora que era cuestión dudosa en Derecho.

9.- La entidad transportista final apeló, obteniendo una sentencia revocatoria de la de primera instancia, con estimación íntegra de la demanda y con imposición de costas en la primera instancia también para la codemandada recurrida.

Esa sentencia de la AP de Tarragona (S. 230/2020, de 4 de marzo, en el recurso de apelación 997/2019, dictada por la Sección 1ª), sí aplicó la acción directa prevista en la normativa española, aunque sin exponer con el detalle suficiente su razonamiento. Se limitaba a citar dos sentencias del TS (SS. 644/2017, de 24 de noviembre y 248/2019, de 6 de mayo), aunque ambas trataban de subcontrataciones en transportes nacionales por carretera sin elementos de internacionalidad.

Es esta sentencia de la AP de Tarragona la que es recurrida en casación, motivando el dictado de la resolución del TS que se quiere comentar.

Se ha completado el acervo fáctico -que no fue discutido por las partes litigantes-, porque a quien lea el resumen contenido en la sentencia del TS le resultará casi incomprensible el litigio, dado que el Alto Tribunal ha omitido relatar los elementos de internacionalidad que en él se concitaban (y más adelante expondremos una conjetura de por qué ha actuado así).

Pero, precisamente, esos elementos de «internacionalidad» fueron los que, de manera correcta a mi juicio, motivaron la admisión del recurso por no existir jurisprudencia previa del TS sobre la cuestión litigiosa.

Y son los que, además, justifican, como se verá, las apelaciones que la sentencia del TS efectúa al art.5,1 del Reglamento 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), y a la jurisprudencia del TJUE, proclive a una interpretación integradora del sistema competencial y procesal propio de la Unión europea y los foros competenciales establecidos en los convenios especiales como el CMR (³).

³ Con cita de la STJUE de 4 de mayo de 2010, asunto C-533/08, *TNT Express Nederland BV* contra *AXA Versicherung AG*.

II.- Como se acaba de indicar, el recurso de casación se interpuso, al amparo de la normativa procesal anterior, por el motivo específico de no existir jurisprudencia del TS (art.477,2,3º LEC) -y así aparece enunciado en el antecedente de hecho tercero de la sentencia-.

Lo cual creo que fue correcto, puesto que, aunque pudiera parecer otra cosa, la específica cuestión litigiosa, en efecto, no había sido abordada aún por el TS y parece que a la fecha de interposición del recurso de casación (que lleva fecha de 2020) tampoco existían resoluciones de Audiencia al respecto ⁽⁴⁾.

Doctrinalmente, en cambio, sí había sido cuestión identificada por el sector del transporte y la doctrina mercantilista, hasta el punto de que un argumento importante de la entidad recurrente, al delinear sus respectivas pretensiones como codemandada y apelada, fue el existir, como conclusión aprobada en unas jornadas de Derecho concursal organizada por los jueces de lo mercantil, la de ser totalmente impertinente la acción directa española en contratos internacionales sujetos al CMR (conclusión, que se halla disponible en Internet, que fue el fundamento jurídico que, precisamente, esgrimió la sentencia de primera instancia para absolver a la subcontratante española de la pretensión deducida contra ella).

III.- La única cuestión litigiosa, pues, ha sido exclusivamente jurídica (habiendo existido plena conformidad de ambas partes litigantes en cuanto al sustrato fáctico relacionado anteriormente).

Los argumentos jurídicos invocados en su recurso por J.F Hillebrand SA fueron, en síntesis, aparte la cita de la mencionada conclusión aprobada en un congreso de jueces mercantilistas, los siguientes:

- a) En el Convenio CMR no se regula ninguna acción directa, por lo que está excluido su posible juego para cualquier contrato sujeto a su ámbito de aplicación.
- b) La pretensión formulada en la demanda va contra la imperatividad del Convenio CMR.
- c) Esa pretensión de la demanda supone querer dotar de eficacia supranacional a la ley española.
- d) Se viola el art.47 del Convenio CMR.

IV.- La fundamentación jurídica de un recurso de casación con apoyo en unas jornadas de los jueces de lo mercantil es pintoresca.

Todos sabemos que en nuestro ordenamiento ni siquiera las decisiones de jueces y magistrados de primera y segunda instancia son jurisprudencia en el sentido estricto a que alude el art.1,6 C.c. como complemento del ordenamiento; pues sólo puede considerarse tal la que derive del Tribunal Supremo, con determinados requisitos, entre los que destaca que la doctrina

⁴ De hecho, la concurrencia del motivo es reconocida por la propia Sentencia. Pues, aunque indique que sobre la acción directa de la Disp. adicional 6ª de la ley 9/2013, de 4 de julio «ya hay jurisprudencia del TS», viene a reconocer en el punto 2 de la decisión de la Sala que «la cuestión jurídica objeto del recurso de casación no se refiere propiamente a la interpretación y aplicación de la mencionada disposición, sino al problema de si la acción directa del porteador efectivo contra el cargador contemplada en esta norma es aplicable en el marco de un transporte internacional de mercancías por carretera sujeto al CMR». Afirmación en la que, sea dicho *en passant*, parecen existir dos imprecisiones: 1) algo sobre la aplicación de esa Disposición adicional (en concreto, en cuanto a sus límites espaciales de eficacia) sí era objeto de controversia, como se verá más adelante; y 2) la acción directa no era en este caso ejercitada por el transportista final contra el cargador, pese a lo que se consigna en los números 1, 3 y 5 del resumen de antecedentes (pues el cargador era británico: almacenes HARRODS), sino contra una entidad española que figuraba en una cadena de subcontratación de transportes (en concreto como subcontratista primera y subcontratante segunda).

jurisprudencial derive de argumentos que en verdad hayan sustanciado la *ratio decidendi* de los casos. Por ello, es obvio que ningún valor como fuente jurídica formal pueden tener unas conclusiones que se dicen aprobadas en el seno de unas jornadas más o menos informales (por más que, en su caso, hubiera en efecto jueces entre sus asistentes).

La recurrente no merece reproche, puesto que legítimamente intentaba aducir cuanto pudiera encontrar en favor de su pretensión -y, de hecho, como se ha indicado, gracias a esta pericia forense, tuvo éxito en primera instancia, lo que, a buen seguro, a algunas contrapartes ya les habría disuadido de seguir el *iter*, complicado y oneroso, de los recursos- (⁵).

V.- Mayor peso jurídico parece tener el motivo casacional de que, siendo imperativo en casi su totalidad el Convenio CMR, y no previendo éste ninguna acción directa, ello excluye la posibilidad de aplicar la acción directa de una normativa meramente doméstica (la española en este caso) para aquellos contratos que hayan quedado sujetos al Convenio, por tener elementos de internacionalidad.

Pues es cierto que en el Convenio CMR de 19 de mayo de 1956 (⁶) no hay regulación de ninguna acción directa en casos de cadenas de subcontratación (y así lo subraya la sentencia que se comenta: punto 3 de la decisión).

Ahora bien, bien pronto se advierte que entre esa ausencia de regulación de la acción directa y una prohibición de la misma por el Convenio hay un salto importante.

Para empezar, hay que recordar que el Convenio «CMR» es de fecha ya relativamente antigua (1956). Fue y sigue siendo celebrado por la doctrina especializada y por los operadores de transportes como una magnífica muestra de lo que se puede conseguir mediante la cooperación jurídica de los Estados, puesto que logró una unificación material *sobre unos puntos mínimos importantes*. Pero, claro está, no pudo entrar a regular aquello que no se conocía como problemático en la contratación sectorial de aquel momento o, como suele suceder en todo convenio internacional, en su redacción definitiva se orilló todo aquello en lo que no pudo alcanzarse acuerdo o en que se entendió extremadamente complicado el lograrlo.

En 1956 parece que ningún país tenía reconocida una acción directa en el ámbito del transporte que, en las respectivas normativas civiles y mercantiles nacionales, estaba por lo general sólo reconocida en el contrato de obra (en España, en su art.1597 C.c., pero no en lo relativo al contrato de transporte terrestre, regulado por el Código de comercio, conforme a la remisión que efectúa el art.1601,II C.c.). Realidad que parece ser una de las causas del silencio que guarda el Convenio CMR sobre eventuales acciones directas.

⁵ Pero -aunque esto es ajeno en sí a este comentario- menos disculpa cabe esgrimir en relación con aquellos que, en el ámbito doctrinal, nos agobian en la actualidad, como si de fuentes jurídicas formales en sentido estricto se tratara, con invocaciones «dirimentes» o de refuerzo a supuestos principios de Derecho contractual elaborados por oscuros sanedrines de juristas (europeos o de extracción territorial aún más diversa), o de circulares y decisiones del Banco de España o de la CNMV o de la Agencia de protección de datos personales, o de dictámenes del Consejo de Estado o de los consejos consultivos de las distintas CCAA o de resoluciones de la Dirección general sobre registros y notariado (con otra denominación muy larga en la actualidad), cuando no con libros blancos, rojos y/o verdes elaborados por variopintos órganos de la Unión europea, etc. Soy de los que cree que esto que se indica bien podría merecer reflexiones sobre determinadas orientaciones de la doctrina jurídica más moderna, en relación con el magno tema de las fuentes del Derecho.

⁶ Creo que hay una errata en la sentencia que se comenta cuando aparece escrito «1950».

Si se lee el Preámbulo de este convenio, se comprobará que dicho magnífico instrumento de legislación supranacional tuvo por objetivo primordial normalizar las condiciones de los documentos utilizados (carta de porte), y el régimen jurídico de la responsabilidad del transportista (por mala ejecución, retrasos y averías de la mercancía transportada).

El Convenio, por ejemplo, virtualmente tampoco regula nada sobre las acciones para exigir el cobro de los portes, ni los medios de pago (y así lo destaca también la sentencia que se comenta: punto 3 de la decisión).

Cabe aventurar, a efectos meramente argumentativos, que si algún país suscitó la cuestión de que el Convenio entrara a regular una acción directa, el conjunto de juristas optó por no entrar en esa materia, que bien se sabe es muy delicada en cuanto a su armonización material.

Por todo esto, creo que no puede interpretarse el silencio regulativo del Convenio CMR sobre la acción directa como una prohibición de la misma.

VI.- Pero en el anterior argumento de la recurrente estaba también implicada una idea que me resulta turbadora. Con algo de exageración sería: «*lo que no esté en el Convenio CMR no está en el mundo jurídico*».

Yo, desde mi condición de civilista, ya quizá anticuado, no puedo aceptarlo, claro está, pero detecto -acaso con error por mi parte- una *forma mentis* subyacente que no es la primera vez con la que me topo. De hecho, no en vano las ya mencionadas conclusiones aprobadas por un congreso de jueces de lo mercantil existen, y responden exactamente a esta comprensión de las cosas.

La idea de fondo a que quiero aludir (pero repito que puedo estar incurriendo en un error) es una por la que, partiéndose de la atenuación inequívoca que la noción clásica de soberanía nacional hoy experimenta, se nos vendría a presentar la vaporosa existencia de una especie de ordenamiento jurídico desligado de cualesquiera ordenamientos nacionales, que tendría como una suerte de sujeto político a una evanescente «comunidad internacional», con su propia *potestas normandi*, y que se supraordenaría a cualquier ordenamiento nacional, a cuyas normas (incluso imperativas) desplazaría. Tal fantasmagórico ordenamiento jurídico no sería objeto de estudio, en términos académicos, de ningún Derecho civil o mercantil clásico, sino de la asignatura llamada «Derecho internacional», en sus vertientes públicas o privadas (⁷).

⁷ Por poner otro ejemplo: siempre me causó estupor que en la Universidad de Sevilla resultaran los profesores de Derecho internacional privado los encargados de explicar, tras la adhesión de España a la CEE, el entonces llamado «Derecho comunitario». Y no sólo en cuanto a normas de conflicto, criterios de conexión y todo el arsenal tradicional de categorías y reglas que se hallaba en el originario código civil en sus artículos 8 a 12 (el Derecho conflictual en sentido estricto), más, en su caso, en cuanto a las reglas para la determinación del foro competente, sino también respecto de las normas sustantivas que, con creciente abundancia, iban elaborándose a través de reglamentos, sentencias del TJUE y, en su caso, de Directivas. Y aunque sé que lo relativo a este Derecho europeo ha de tener sus singularidades, yo me preguntaba (y lo sigo hoy haciendo, cuando he comprobado la existencia de Tratados de Derecho internacional privado con numerosísimos tomos que mantienen esta orientación que se expone): ¿no son tales regulaciones materiales en verdad contenido institucional de las disciplinas jurídicas sustantivas: Derecho civil, mercantil, laboral, etc.?

En este caso, tal ordenamiento jurídico supranacional (a modo de redivivo *ius gentium*) nos ofrecería un conjunto de disposiciones de naturaleza análoga, *lato sensu*, a la legislativa (las contenidas en el Convenio) y en otras ocasiones nos brindaría la *lex mercatoria* o realidades equivalentes, que tendrían naturaleza principalmente consuetudinaria ⁽⁸⁾ y, dada la instancia normativa «superior» de la que dimanarían, no complementable por otras fuentes jurídicas.

A mi juicio, esta presentación no se sostiene. Se quiera o no, para los aspectos que devengan litigiosos en los contratos sujetos al CMR deberá existir, si no hay pacto válido sobre vías alternativas de resolución, un foro específico competente, que no puede ser sino nacional, y, para ello, han de quedar enmarcados en una ley material, que no puede ser sino nacional ⁽⁹⁾.

Y resulta que, en este caso, era obvio que el foro competente era el español (todas las entidades que litigan son españolas, y tienen sus respectivos centros de operatividad en España) ⁽¹⁰⁾ y, no habiendo existido en este caso pacto sobre ningún Derecho nacional aplicable (que, de existir, a mí me plantearía ciertas dudas en relación con una norma imperativa, como es la que consagra la acción directa para el transporte por carretera en el ordenamiento español, y dados los evidentes vínculos estrechos con España: arts.3, 5 y 9 del Reglamento Roma I) ⁽¹¹⁾, también me parece claro que la ley material aplicable no podía ser sino la española.

A ello impele -según creo- el art. 5.1 del Reglamento (CE) n° 593/2008, del Parlamento europeo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Lo cual, por si hiciera falta, queda confortado por el hecho de que, en cuanto a los contratos que eran objeto de este concreto litigio, en la configuración de la parte demandada que se diseñó, los vínculos más estrechos de los mismos se presentan con nitidez con España a todos los efectos relevantes (art.5,3 del propio Reglamento Roma I) ⁽¹²⁾.

⁸ Y no hace al caso aquí aludir a la montaña de publicaciones, algunas incluso engoladas, que presentando a esa *lex mercatoria* o a determinados principios de vario tipo como ejemplo máximo del *ius vivens* de la praxis, nos propinan supuestas nociones radicalmente novedosas de lo que, hoy, es el Derecho y cómo se gesta y evoluciona (con curiosos ecos de aquella clásica elaboración que ya formuló SAVIGNY en su *Berufy* que completó en su *System*).

⁹ El CMR no es como el Código de Derecho canónico, elaborado por un ente que se considera a sí mismo sociedad jurídica perfecta, que cuenta con jurisdicción propia, y que, en caso de lagunas, salvo que expresamente lo prevea, no permite la aplicación supletoria de ordenamientos jurídicos civiles o temporales.

Cuando el artículo 3 del RRI regula la elección del Derecho aplicable, se entiende que sólo se refiere a un Derecho nacional. Si un contrato internacional se remite a los principios *Unidroit* o a la *lex mercatoria* o cosas semejantes, ha de considerarse manifestación de la autonomía de la voluntad material (que hace una incorporación por referencia), pero no aplicación de la normativa conflictual que, en sentido estricto, creo que siempre tiene que llevar a un ordenamiento nacional.

¹⁰ Intuyo que la cuestión se habría hecho espinosísima, hasta un grado extremo, de haberse intentado codemandar a la entidad que recibió el originario encargo del transporte (de nacionalidad británica) y/o a la entidad cargadora (la adquirente de los productos y se había de hacer cargo de su porte), también de nacionalidad británica. Intuyo por ello que fue una razón de prudencia la que llevó a dibujar la parte demandada ceñida a entidades españolas.

¹¹ Pero confieso ser incompetente para ahondar en el perfil específico que presentan las locuciones «*normas que no puedan excluirse mediante acuerdo*» (art.3 RRI) y «*normas de policía*» (art.9 RRI). Conozco perfiles y discusiones múltiples sobre lo que son normas imperativas, de utilidad pública o de utilidad privada, normas que atienen a la moral o al orden público o normas irrenunciables, pero en el terreno estricto del Derecho civil, y soy consciente de poder quedar atenazado ya por cierta obsolescencia.

¹² Pues los concretos litigantes, como se ha dicho, eran todos españoles, con domicilio social en nuestro país (aunque -no se olvide- la entidad cargadora era británica, británica fue la que recibió el encargo de porte originario y el punto de destino de las mercancías era Londres).

Creo que debe ser la solución lógica o natural de muchos convenios especiales y de muchos reglamentos de la Unión europea. Adicionalmente, *en su caso*, véase también el art.18 del Reglamento Roma II (aunque, si alguno lo

Pues bien, como el propio TS destaca, el convenio CMR presenta muchos huecos en su regulación, ya bastante antigua. Como se ha indicado, y también señala esta sentencia, lo tiene en cuanto a la acción directa en casos de cadenas de subcontratación. Y aunque rechaza que sea correcto hablar de «lagunas» para designar tales huecos, lo que parece claro es no ser razonable que en todos esos aspectos no regulados el juez competente no pueda aplicar la normativa nacional material que sea la pertinente para dar solución a conflictos que generen los contratos de transporte internacional ⁽¹³⁾.

Si bien se observa, hasta el propio Convenio CMR fue consciente de que jamás puede ser la única norma aplicable a los contratos incluidos en su ámbito de aplicación, puesto que su art.28 contempla expresamente hipótesis en que, **conforme a la ley nacional aplicable a los contratos de transporte**, se delimiten casos de reclamaciones por pérdida, averías o retrasos. Y el art.32,3 también hace una remisión, en cuanto a las causas de suspensión e interrupción de la prescripción, **a la ley que resulte materialmente aplicable a cada contrato**.

Quien esto escribe, además, aún maneja la idea (que concedo puede estar ya anticuada) de que cuando un tribunal español ha de aplicar disposiciones del Convenio CMR, resultando aplicable la ley material española, está en verdad aplicando en todo caso el ordenamiento español, tanto en lo que formalmente procede del Convenio como en lo que pudiera funcionar como complemento en virtud de otras disposiciones domésticas, porque, en verdad, al margen de cuál fuera la génesis del convenio y su proceso de incorporación, lo cierto es que sus disposiciones forman parte del ordenamiento español en virtud de la ratificación y publicación del mismo (arts.96 CE y 1,5 C.c.) (lo que, en relación con España y el CMR, ocurrió sólo en 1974) ⁽¹⁴⁾.

VII.- La anterior es la solución que ha dado el Alto Tribunal a este punto litigioso (lo cual me parece loable).

Pero, en su sustento, aparece en la sentencia una argumentación que a mí me ha parecido innecesaria y, posiblemente, errónea.

Me refiero a cuando el TS en esta sentencia apuntala su decisión en el hecho de que: *«no se trata de que exista una laguna en el convenio CMR, sino de que dicho instrumento **regula estrictamente el contrato**, pero no aquellas cautelas o garantías legales **de naturaleza extracontractual** para su cumplimiento que cada Derecho quiera establecer»*.

Presentar una acción directa operativa en cadenas de subcontratación (en contratos de obra, de transportes, laborales, etc.) como *una garantía legal extracontractual* suscita motivos serios de

entendiera pertinente, lo sería sólo mediante una analogía algo dudosa, pues no puede considerarse sin problemas con semejanza de hecho e identidad de *ratio* la llamada acción directa en el ámbito del seguro y la acción directa en cadenas de subcontratación en contratos de transporte, obra o de trabajo.

¹³ De haberse aceptado la pretensión de la recurrente, entonces les bastaría a grandes agencias y operadoras del transporte que todos los camiones, aunque fuese para servicios en España, pasen por Bragança o por Elvas, aunque fuera sólo 10 minutos, a descargar un pepino, para que quedaran los pobres subcontratistas finales sin, por ejemplo, la acción directa regulada por la ley de transportes por carretera española (y sin el amparo de cualquier otra normativa española sobre transportes por carretera).

¹⁴ BOE de 7 de mayo de 1974. Y, por ello, no podría un tribunal español, siendo la ley material aplicable la española, aplicar aquellas disposiciones del CMR sobre las que España hubiera formulado reservas expresas (que las hubo, como se dirá más adelante).

perplejidad. ¿No es más natural entender que, al menos para el Derecho español, allí donde la normativa nacional la prevea, la acción directa en las cadenas de subcontratación es un contenido de los contratos que viene impuesto por la ley, por el cauce de la integración, *ex art.1258 C.c.*? ⁽¹⁵⁾.

Es que, además, si la *ratio decidendi* de esta sentencia queda identificada en ser una acción directa una imposición legal imperativa de responsabilidad extracontractual, entreveo -pero puedo pecar de excesiva suspicacia- serios problemas doctrinales y prácticos que se pueden plantear: ¿serán acaso entonces las normas de conflicto aplicables a los supuestos de acción directa las propias de las obligaciones extracontractuales y no de las contractuales? ⁽¹⁶⁾ ¿serán, entonces, los plazos de prescripción los predicables de las acciones de responsabilidad extracontractual? ¿Admitirá entonces el TS que en los pleitos que se sustancien sobre la acción directa puedan aducirse razonamientos que permitan excluir las manifestaciones de una responsabilidad extracontractual objetiva: al menos, causas de interrupción del nexo causal, o circunstancias que pudieran entenderse fuera del criterio del riesgo sobre el que se ha consagrado la acción directa, etc.?

Y, peor aún, ¿supone ello que para aspectos que sean indiscutiblemente contractuales y que se encuentren con ausencia de regulación en el Convenio CMR -llámese laguna o de cualquier otro modo que se desee- entonces sería cierto que no cabe aplicar la ley material nacional que sea la pertinente?

VIII.- Obviamente, con lo dicho se revela que yo no creo que fuera cierto que la pretensión de la demandante supusiera ir en contra de la imperatividad del convenio CMR.

La demanda partía de reconocer esa imperatividad, que se deduce de su art.41, y que en el propio convenio se matiza en el art.1,1,5. Pero esa imperatividad del Convenio, en los términos que él expone y matiza, ha de ser reconocida a exclusivamente aquello que el Convenio regula y, además, que regule con tal carácter. El propio Convenio contempla expresamente aspectos que admiten pactos en contrario (arts.1,1,5 y 40) y, como es lo lógico, nadie puede sostener que el Convenio (que es antiguo, pero del que lo mismo cabría decir aun cuando fuera reciente) tenga una regulación exhaustiva de la materia (y ello, como todo jurista de cierta sabe, es así por más que los juristas que colaboraran en su elaboración hubiesen intentado con todo el ahínco del mundo lograr un instrumento normativo completo).

Parece que el recurso de casación llegaba a afirmar que se comete «un atropello clamoroso» a los convenios internacionales y a los principios del Derecho internacional. Lo cual yo creo falso, por

¹⁵ No quiero perderme en una digresión eminentemente conceptual en un comentario para el que deseo un perfil más práctico, y porque, además, creo que es un argumento expresado a mayor abundamiento, en verdad ajeno a la *ratio decidendi* (acaso por cierta inseguridad del TS, que, quizá, es también la razón por la que ha extractado de manera algo sesgada la relación de los hechos probados, eliminando los elementos de «internacionalidad»). Pese a lo inelegante, me permito una autocita de mi vieja obra, *Contrato de compraventa y transmisión de propiedad*, Zaragoza, 1993, donde diseccionaba el significado del término «garantía» en el ámbito contractual y de mi comentario a la STS 31 de enero de 2005, CCJC, nº 69, 2005, pp.1321-1342 (sobre la acción directa en el contrato de obra en Derecho español).

¹⁶ Esta sentencia ha invocado -y creo que con corrección- el art.5,1 del Reglamento Roma I. Pero ¿sería en verdad lo pertinente invocar el Reglamento (CE) 864/2007, del Parlamento y del Consejo, de 11 de julio de 2007 (reglamento Roma II) (por eso, *ad cautelam* antes he aludido al art.18 de esa disposición, aunque sólo se refiere a la acción directa en el contrato de seguro).

lo dicho *retro sub* punto VI. Precisamente, los principios del Derecho internacional, en cuanto a los efectos de los convenios internacionales, deponen por que éstos se producen en cuanto al objeto de lo que regulan, pero no más allá (así entiendo la alusión a «sus disposiciones» en el art.96 CE).

IX.- También parece falso que la pretensión de la demandante supusiera querer dotar de eficacia supranacional a la ley española.

Esta argumentación acaso estuviera vinculada al hecho de la inserción de la recurrente en una multinacional ⁽¹⁷⁾, para la que las disciplinas normativas nacionales pueden ser incómodas, y para la que la situación ideal sería un cuadro normativo en el que en sus contratos con elementos de internacionalidad, sólo las disposiciones contenidas en el Convenio pudieran ser las aplicadas cualquiera que fuese el país cuya ley material resultase ser la aplicable (y también con independencia del foro que resultare competente).

Claro: con ese razonamiento, cualquier cuestión no contemplada por el Convenio quedaría fuera del alcance de cualquier soberanía política y sujeta sólo, en su caso, a la «autonomía privada» de las partes. Autonomía que, en verdad, devendría alibi para la más acerba heteronomía, puesto que la multinacional aquí implicada, junto a tantas otras, para todos aquellos casos en que percibieran peligros derivables de normativas nacionales (como precisamente ha sucedido en éste), dictarían «soberanamente» las reglas a aplicar en virtud de sus contratos de adhesión, redactados por legiones de magníficos juristas a sueldo.

La pretensión que ha resultado, por desestimarse el recurso de casación, estimada por el TS no supone postular ninguna eficacia extranacional para la ley española de transportes terrestres. La misma ha sido aplicada por el TS en su ámbito propio de eficacia territorial, complementando la regulación (que también considero española, ex arts.96 CE y 1,5 C.c.) expresamente contenida en el Convenio CMR ⁽¹⁸⁾.

X.- Resulta, además, que la acción directa regulada por la D.A. 6ª de la ley 9/2013, de 4 de julio, tiene carácter imperativo y protector de la parte contratante débil.

Las grandes operadoras (multinacionales), a través de las formas societarias formalmente independientes de que se sirven en cada país, son las que tienden a dominar el sector del mercado en que operan y las que, por ejemplo, eligen, como ocurrió en este caso, el mecanismo de la subcontratación -a veces de manera larga, como también sucedió en este caso- como vía para

¹⁷ Desde mi desconocimiento de los contenidos institucionales de Derecho internacional privado, no sé si existen remedios eficaces en su seno para una realidad actual que es sumamente incómoda en su gestión forense. Muchas de las multinacionales que operan en el tráfico internacional se sustentan en una suerte de nombres comerciales o logotipos, que, de manera cuidadosa, flotan por encima de lo que, *de lege lata*, son a la postre meras entidades pretendidamente independientes, que tiene cada una nacionalidad diferente (y la agencia de transportes que fue la recurrente en este caso brinda un buen ejemplo de ello). De ese modo, no pueden aplicarse las normativas sobre grupos de sociedades, y sale a la luz una dimensión del agujero negro que genera lo que DE CASTRO llamaba el «hermetismo» de la persona jurídica, que, en relación con contratos o negocios internacionales, parece sumamente complejo atacar mediante la técnica del levantamiento del velo.

¹⁸ ¿Habrá omitido, en sus declaraciones tributarias, J.F HILLEBRAND S.A. reflejar lo relativo a este encargo de transporte que cobró aduciendo que sobre los impuestos generados por la actividad de transporte internacional no hay regulación en el Convenio CMR? Nos gustaría ver al fiscalista de la entidad recurrente alegando eso ante la AEAT.

evitar riesgos laborales, de seguridad social y de accidentes de vehículos a motor e incidencias conexas a la ejecución material de las prestaciones, o, en su caso, para simplificar aspectos contables o tributarios. Por supuesto, de manera legítima, para optimizar sus beneficios.

Por ello, el legislador español, como ya hizo el francés, que fue su modelo, como ya ha señalado la jurisprudencia del TS, en ésta y en las sentencias que anteriormente fueron citadas (SSTS nº 644/2017, de 24 de noviembre (RJ 2017/6185) y 6 de mayo de 2019) ⁽¹⁹⁾, introdujo la acción directa (de rancio abolengo protector en todos los ordenamientos de inspiración romanista).

En este caso la acción directa efectivamente protege al transportista final, que es la parte débil de la cadena: pagó a sus chóferes, pagó el gasoil del transporte y los costes de mantenimiento de los camiones, ha tributado en España por los servicios y, sin embargo, por la técnica de la subcontratación, quien confiesa haber cobrado cuanto facturó, quedaría, de haber sido acogidas sus pretensiones, claramente beneficiado por la técnica de la subcontratación a la que él recurrió. Ha cobrado íntegramente, y no ha tenido que prestar el servicio, sin sus costes y riesgos.

Esa es otra razón por la que es de justicia paladina aplicar a este supuesto la acción directa.

Es la misma razón por la que, desde 1889 -pero siguiendo una regulación romanista clásica-, en el Código civil figura la acción directa en el contrato de obra (art.1597 C.c.) y por la que se prevé igualmente en toda la contratación laboral y con expreso carácter imperativo.

A mi juicio, esto es así, hasta el punto de poderse afirmar que la acción directa no es excluible voluntariamente en los contratos nacionales de transporte terrestre (art.6,2 C.c.). Y hasta el punto de parecerme que tampoco debe considerarse excluible en aquellos contratos internacionales de transporte en los que la ley material aplicable resultase ser a la postre la española, e incluso en aquellos casos en los que, habiéndose introducido un pacto de sumisión a otra ley nacional, las partes contractuales tuvieran clarísimos vínculos estrechos con España (ex art.3 Roma I) ⁽²⁰⁾.

XI.- Actualmente, ya hay al menos dos pronunciamientos judiciales que preanunciaban el sentido del fallo de la sentencia que aquí se comenta. Me refiero a la SAP Vizcaya, sección 4ª, de 5 de julio de 2021 (JUR\2021\369178) y a la SAP Zaragoza, sección 5ª, de 6 de noviembre de 2018 (JUR\2019\141583).

Esa orientación también se señala que es la de la *Cour de Cassation* francesa, en su sección mercantil, en sentencias de 24 de marzo de 2004 y de 13 de julio de 2010, para cuando sea el Derecho francés la ley material aplicable al contrato (y el propio TS en esta sentencia que se comenta cita esa resolución francesa de 2010).

¹⁹ Además, significativamente excluyen esas dos resoluciones del TS que tenga relevancia el que la subcontratista primera, para evitar la acción directa del transportista final, acredite haber pagado a la subcontratista segunda

²⁰ Pero sobre esto último, reitero que me siento ya incapaz de delimitar bien el alcance real del art.3 RRI y su coherencia con lo que aparece en el art.9 RRI.

Solución que hay que reconocer ya se había defendido, en el ámbito doctrinal, por uno de los más autorizados tratadistas en esta materia. Me refiero a EMPARANZA SOBEJANO, «*La acción directa del transportista efectivo por impago de portes contra los contratantes del servicio de transporte*» ⁽²¹⁾.

XII.- La recurrente invocaba también el tenor del art.47 del convenio CMR. Lo cual yo no acaba de entender. El precepto señala que, respecto de los puntos oscuros del Convenio, pueden las partes contratantes acudir a la Corte Internacional de Justicia.

¿Qué tiene que ver esto con lo que aquí se controvertía? ¿Acaso es que pretendía la recurrente decir que era obligatorio acudir, para dirimir este concreto asunto litigioso, a la Corte Internacional de Justicia? ⁽²²⁾.

Esa Corte -en lo que recuerda quien esto escribe, pero son recuerdos que empiezan a ser demasiado brumosos- sólo está prevista para discordias entre Estados y no para particulares... Y ello aparte de que el convenio fue ratificado por España con expresa reserva respecto de ese art.47 del convenio.

XIII.- Acaso a botepronto pudiera sorprender que una entidad que factura millones de euros decida interponer un recurso de casación por un asunto banal de sólo 25.000 euros.

Pero no nos engañemos: aquí el recurso no lo interpuso sólo la entidad recurrente, sino todo el gran cartel de poderosas operadoras del sector de transportes internacionales por carretera.

Para ellas es de sumo interés el sueño de que sus contratos no se sometan a ninguna normativa nacional, con sus fastidiosas disposiciones. Para ello, es fundamental que sólo lo que esté expresamente contenido en el convenio internacional les pueda resultar aplicable y, en lo restante, que sean ellas las que hagan y deshagan con sus condiciones generales. Al respecto, como en tantas otras cosas, este civilista ya algo anticuado no puede por menos que evocar las señeras reflexiones que *in thema* nos brindó D. Federico DE CASTRO.

²¹ En *El futuro Código mercantil, Libro Homenaje al Prof. Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, páginas 1326-1349 (en particular las páginas 1335 y siguientes y nota 20)

²² Preguntado el letrado que fue el director jurídico de la transportista final, me asegura que en ningún momento se formuló declinatoria de jurisdicción, ni excepción alguna de tal índole.

Número monográfico: zarandeo de bebés, ¿dolo eventual o imprudencia? Comentario a la STS 1175/2024, de 20 de diciembre

Visibilizar el elemento volitivo del dolo, las máximas de experiencia y los sesgos: la delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente en el caso del “zarandeo” al bebé, por Mercedes PÉREZ MANZANO.

La prueba del dolo en los casos difíciles: una propuesta revisionista, por José Manuel PAREDES CASTAÑÓN.

Dolo, imprudencia y zarandeo de bebés, por Gabriel PÉREZ BARBERÁ.

El (impulsivo) zarandeo de bebés: ¿dolo o imprudencia?, por Mauro ROCCASALVO.

-

* 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.

Número monográfico: zarandeo de bebés, ¿dolo eventual o imprudencia?

*Comentario a la STS 1175/2024, de 20 de diciembre**

En un reciente pronunciamiento (STS 1175/2024, Penal, de 20 de diciembre¹), la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha enfrentado de nuevo a la compleja cuestión de los límites entre el dolo y la imprudencia a propósito de unos supuestos especialmente problemáticos: los casos de zarandeos de bebés que ocasionan graves lesiones a las víctimas. Para analizar esta importante resolución –que cuenta con la opinión discrepante de dos magistrados– la Revista Crítica de Jurisprudencia Penal ha invitado a cuatro especialistas en la materia, que en sus textos no se limitan a valorar la resolución, sino que han compartido una primera versión de sus respectivas opiniones a fin de poder debatir también sobre su contenido.

1. El pronunciamiento de la Audiencia Provincial

La Audiencia Provincial de Lleida², en un relato de hechos que sería confirmado posteriormente tanto por el Tribunal Superior de Justicia como por el Tribunal Supremo, declaró probado que el acusado Benigno y su pareja Elisabeth residían en un mismo domicilio en compañía de dos hijos de ella, nacidos de una relación anterior. Fruto de la relación entre ambos, a principios de agosto de 2019 Elisabeth dio a luz a un niño llamado Matías, sin complicación alguna prenatal o neonatal, recibiendo el alta hospitalaria a los dos días del parto³.

La noche del día 12 de agosto de 2019, los procesados se hallaban en su domicilio, junto con su hijo recién nacido, acudiendo a cenar junto a aquéllos la madre de Elisabeth, la cual abandonó el domicilio aproximadamente sobre las 22:00 horas, permaneciendo hasta ese momento el bebé dormido y comportándose con normalidad. Sobre las 24:00 horas de referido día, empezó a despertarse frecuentemente y a llorar. Siendo ya la madrugada del día 13 de agosto de 2019, seguía llorando insistentemente, motivo por el cual Benigno le dijo a su pareja que se fuera a descansar, encargándose él del cuidado del menor. El procesado, con el niño en brazos, estuvo dando paseos por el pasillo y el comedor de la vivienda a fin de calmarlo y, en esta situación y en un momento determinado, desconociéndose el motivo, pero probablemente ante los llantos reiterados de aquel, cogió al bebé por el cuerpo y lo zarandéo enérgicamente, pese a conocer y representarse que, dada la fragilidad del niño, era altamente probable que le causara importantes

* La redacción de este apartado introductorio ha corrido a cargo de Ramon Ragués.

¹ ECLI: ES:TS:2024:6300, ponente Llarena Conde.

² SAP Lleida 304/2021, de 15 de octubre (ECLI: ES:APL:2021:904), ponente Juan Agustín.

³ Los nombres de los diversos intervinientes en el caso son distintos en las tres sentencias recaídas en el procedimiento debido al sistema de ocultación de nombres empleado en las bases de datos de jurisprudencia. A fin de evitar confusiones, aquí se emplearán los nombres que aparecen en la sentencia del Tribunal Supremo.

lesiones. Tras ello lo dejó en la cama junto a su madre quien no tenía conocimiento alguno de lo que acaba de suceder.

Al advertir Elisabeth un comportamiento anómalo y unos gemidos extraños en el menor insistió a su pareja para que lo llevaran al servicio de urgencias, y así lo hicieron, presentando el niño en el momento de su ingreso en el hospital aproximadamente a las 6:00 de la mañana un cuadro de fiebre e irritabilidad, y dada su evolución desfavorable fue ingresado en la Unidad de Curas Intermedias practicándole un TAC craneal y un EEG que detectaron graves lesiones cerebrales que motivaron su traslado urgente al Servicio de Neonatología de otro centro. A consecuencia de las sacudidas propinadas por Benigno, el niño sufrió gravísimas lesiones, consistentes en status convulsivo, encefalopatía hipóxica, hemorragia intraventricular cerebral, hemorragia subdural, hemorragia subaracnoidal traumática, hemorragia subretiniana, hidrocefalia posthemorrágica, irritabilidad cerebral neonatal y diabetes insípida. La situación llegó a ser crítica, pero, revertida tal situación, recibió el alta hospitalaria el 23 de octubre de 2019.

Según la Audiencia no pudieron establecerse con carácter definitivo las secuelas que padecería el menor en el futuro dada su corta edad y plasticidad de las células encefálicas, si bien, dado su cuadro clínico, donde destaca la hipoxia encefálica, las crisis comiciales, la diabetes insípida y el retraso madurativo, presentará secuelas neurológicas, con un riesgo moderado-severo de afectación en la esfera motora, cognitiva y conductual. En todo caso, es importante precisar que, en su valoración de la prueba, la Sala descarta que hubiera más episodios de agresión que el descrito, si bien admite que la noche de autos pudo haber uno o varios “enérgicos zarandeos”.

En el acto del juicio oral la Fiscalía consideró que los hechos eran constitutivos de lesiones imprudentes, pero la acusación particular, ejercida por la Generalitat de Cataluña en representación del menor, sostuvo que se trataba de un delito doloso. La Audiencia acogió esta última tesis y concluyó que los hechos eran constitutivos de un delito de lesiones graves dolosas del art. 149.1 CP, al consistir el resultado causado, en palabras del propio Tribunal, en la «pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal», cual es, sin duda, el cerebro», bastando a tal efecto con el menoscabo funcional de dicho órgano. En relación con el aspecto subjetivo del hecho, se sostiene en la Sentencia que «las consecuencias lesivas producidas constitutivas del art. 149 CP están abarcadas por el dolo en la medida en que la acción realizada permite la representación del resultado». A tal efecto se señala que «Benigno necesariamente tuvo que representarse la alta probabilidad de causar lesiones a su bebé cuando le zarandeó bruscamente sin sostener su cabeza, y pese a ello, ratificó y aceptó tal resultado. El hecho de tratar con suma delicadeza la cabeza de un bebé evitando en todo momento que quede sin sujeción para no causar lesiones cerebrales es de generalizado conocimiento. Y es que sacudir a un bebé realizando movimientos de vaivén, provocando el rebote de su cabeza, constituye de por sí un proceder agresivo con posibles consecuencias graves o muy graves; y es que su pequeño cerebro choca contra las paredes del cráneo, lo cual es susceptible de causar lesiones neurológicas, siendo por ello no sólo posible, sino altamente probable que el bebé que sufre este tipo de agresión resulte con importantes lesiones de aquella naturaleza».

En palabras del mismo Tribunal provincial, el bebé «contaba en el momento de los hechos con tan solo 11 días de vida, con lo que la exigencia de proteger y sujetar su cabeza, era todavía mayor si cabe, por cuanto su fragilidad era absoluta y el riesgo aún mayor. A ello debe añadirse que Benigno no era un padre primerizo, sino que el mismo ya había tenido otra hija de una anterior relación, y además parece ser se había encargado también en numerosas ocasiones del cuidado

de sus sobrinos, tal y como el mismo reiteró insistentemente en el acto del plenario». Prosigue la Sala: «Pese a ello, Benigno, posiblemente ante el insistente llanto del niño y con la finalidad de que cesara en él, sacudió fuertemente a Matías con un total desprecio hacia su integridad física, siendo que el evento de que menor sufriera lesiones cerebrales era ex ante, objetivamente, probable, y así debió preverse, lo que no impidió que aquél llevara a cabo su acción, que por tal motivo resulta incompatible con la calificación de los hechos como meramente imprudentes, dándose al contrario en su acción el dolo eventual necesario para subsumirla en el delito del art. 149.1 del C.P.».

Además, «para alcanzar tal conclusión la Sala tampoco puede dejar de valorar el contexto en el que tuvieron lugar los hechos objeto de enjuiciamiento así como la conducta anterior a la comisión de aquéllos por parte de Benigno, que no hacen sino corroborar el absoluto desprecio del mismo hacia las graves lesiones que con su acción podía causar a su propio hijo. Y es que pese a que ambos procesados vinieron a mantener que la relación entre ellos era buena y que toda la familia se hallaba feliz ante el nacimiento del bebé, sosteniendo Elisabeth que Benigno tenía un «pronto» muy malo pero que era incapaz de hacer daño, no es ello lo que se deriva del resto de la prueba practicada». En tal sentido, se expone en la Sentencia cómo el estudio de los mensajes de WhatsApp cruzados entre ambos padres y analizados por la policía «pone de manifiesto el carácter violento y colérico del procesado así como una difícil relación de pareja con continuas peleas y reconciliaciones, en el transcurso de cuyas discusiones Benigno llegó a desear reiteradamente tanto la muerte del bebé como de Elisabeth». Entre otros, se cita un mensaje de fecha 10 de junio de 2019 en el que se dice: «*Te mereces lo peor poq eres mala... eres una niñata... solo te digo qu de esta no te olvidas y ojalá el bebé te salga muerto*» y «*Me das asco ... ojala en el parto te mueras...*».

Por otra parte, la Sala alude a la hoja histórico penal de Benigno en la que consta que el mismo fue condenado por la comisión de un delito de violencia psíquica habitual en el ámbito familiar, siendo la víctima Elisabeth, así como al testimonio de dos vecinas del inmueble en el que residía la familia, quienes pusieron de manifiesto que era habitual oír gritos, discusiones y golpes provenientes de su domicilio.

Por todas estas razones, la Audiencia finalmente decidió condenar al acusado como autor de un delito de lesiones dolosas del art. 149 CP, con las agravantes de parentesco y abuso de superioridad, a una pena de nueve años de prisión y demás penas accesorias, acordando asimismo una indemnización para la víctima de 600.000 euros.

2. El pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia

La decisión de la Audiencia Provincial sería confirmada plenamente por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en respuesta al correspondiente recurso de apelación interpuesto por la defensa del acusado con la adhesión del Ministerio Fiscal⁴. Respecto del grave resultado afirma el Tribunal, «que el acusado tuvo que representárselo. No se afirma que lo quisiera, pero sí que se lo representó y le fue indiferente el resultado, lo que encaja en el dolo eventual. Se trata de un bebe de 11 días, el acusado había sido padre antes, por tanto, no podemos hablar de inexpertez, y la sentencia analiza la situación contextual familiar a la que hacemos referencia, rechaza la

⁴ STSJ Cataluña, Sala Penal, 117/2022, de 29 de marzo (ECLI: ES:TSJCAT:2022:3901), ponente Vivas Larruy.

versión del acusado también al analizar todas las series de mensajes así como la propia declaración de Elisabeth, que viene a decir que el acusado tenía “un pronto muy malo”».

En tal sentido prosigue la Sala afirmando que, «en el supuesto del zarandeo intenso de un niño de hasta aproximadamente los cinco años de edad, se produce un constante rebote de la cabeza por lo que el pequeño cerebro choca contra las paredes del cráneo que es de mayor tamaño en esa edad causando una serie de golpes en el cerebro susceptibles de causar lesiones neurológicas, siendo por ello altamente probable que el niño que sufre este tipo de agresión resulte con importantes lesiones de aquella naturaleza». Entendiendo que no concurre ninguna razón para considerar incorrecta la decisión alcanzada por la Audiencia, el Tribunal Superior procede a su plena confirmación.

3. La sentencia del Tribunal Supremo

El anterior pronunciamiento fue recurrido por la defensa del acusado en casación invocando a tal efecto la existencia de un error en la valoración de la prueba pericial y varias infracciones de preceptos legales. En este caso tanto la acusación pública como privada se opusieron a la admisión y estimación del recurso. Tras la correspondiente deliberación, los cinco miembros de la Sala Segunda no lograron ponerse de acuerdo: tres magistrados votaron a favor de revocar el fallo y condenar solo por imprudencia (3.1), mientras que los dos restantes se decantaron por confirmar la condena por lesiones dolosas (3.2).

3.1. La opinión mayoritaria

Según la mayoría de la Sala Segunda el primer motivo de recurso –error en la valoración de la prueba– había sido mal planteado al no afectar estrictamente a la valoración de pruebas documentales. Sin embargo, la propia Sala reinterpreta el motivo como una alegación de vulneración de la presunción de inocencia por insuficiencia de prueba para entender que el recurrente se representara el riesgo de causar lesiones tan graves del menor. Ello permite al Tribunal entrar a valorar la corrección de la condena por dolo y no por imprudencia.

Tras citar diversas resoluciones anteriores sobre la materia, según las cuales en materia de dolo prima ante todo la representación del riesgo de que se produzca un determinado resultado, pero sin descartar del todo la necesidad adicional de un elemento volitivo, el Tribunal pasa a exponer su jurisprudencia sobre los casos de golpes a menores por parte de sus progenitores, constatando cómo existen resoluciones en ambas direcciones, esto es, favorables tanto al dolo como a la imprudencia. En tal sentido, constata el Tribunal cómo «las resoluciones expuestas reflejan que la práctica forense, no contradicha por esta Sala, no anuda necesariamente la previsibilidad de las lesiones a que un niño de corta edad pueda ser zarandeado, sino que exige otra serie de elementos concurrentes que perfilen el nivel de cognoscibilidad del riesgo inherente a la conducta y de percepción de la probabilidad del resultado que pueda derivarse. Dicho de otro modo, el conocimiento de la fragilidad de un bebé o de un niño de corta edad, no es en sí mismo suficiente para representarse comúnmente la alta probabilidad de que un zarandeo pueda generarle graves lesiones y aceptar que la realización de la acción comporta que el autor asuma ese resultado».

Según el Tribunal, «es palmario que la fragilidad de un recién nacido es perceptible por todos, de lo que es reflejo la prudencia con que cualquier persona aborda su trato o manipulación. Esto

determina que el zarandeo de un menor no pueda normalmente ser evaluado como un supuesto de simple imprudencia, esto es, de falta de previsión de un riesgo que, con la debida atención, hubiera sido debida y adecuadamente percibido por un ciudadano medio. Sin embargo, el discernimiento de que la acción pueda probablemente generar el resultado dañoso prevenido por la norma es contingente o circunstancial».

A juicio de la Sala Segunda, «confluyen innumerables factores que pueden reflejar la percepción de la alta peligrosidad del comportamiento para cualquier ciudadano medio (dolo eventual) y otros que la dificultan, esto es, que sin ocultar al autor el desatino de su comportamiento, se oponen a que puedan percatarse de la idoneidad de que un zarandeo pueda generar lesiones en un bebé o en un menor con relativa facilidad (culpa consciente), hasta el punto de que, de haberlo sabido, hubiera renunciado claramente a su actuación. De hecho, por esta difícil percepción son frecuentes las publicaciones de divulgación general o los programas médicos u hospitalarios que se dirigen a concienciar a un ciudadano medio de que zarandear a un bebé sólo unos segundos, puede dejarle ciego o provocar secuelas neurológicas irreversibles o, incluso, la muerte. Por esta razón, en el enjuiciamiento de estas conductas deben prospeccionarse con rigor los elementos probatorios de los que extraer la representación que se hizo el autor sobre la idoneidad de su acción para generar el riesgo lesivo, particularmente si consideramos que el dolo eventual conduce a imponer al acusado el mismo reproche penal que se asignaría al que cause las mismas lesiones de forma consciente e intencional».

Partiendo de estas premisas el Tribunal pasa a analizar la concreta resolución cuestionada por el recurrente. En tal sentido, advierte cómo «la sentencia de instancia alcanzó su conclusión fáctica a partir de cuatro elementos probatorios esenciales: a) el tiempo de vida del bebé: once días a la fecha de los hechos; b) que el acusado no era padre primerizo, sino que tenía descendencia anterior; c) que antes del nacimiento y con ocasión de discusiones en el seno de la pareja, había dirigido mensajes a su esposa en los que lamentaba que fueran a tener un hijo y le espetaba hirientemente que ojalá que el feto naciera muerto y d) que el acusado había sido condenado anteriormente por maltrato habitual a su pareja». A continuación, el Tribunal analiza uno tras otro los anteriores extremos:

a) En primer lugar, «no puede eludirse que el elemento de la edad permite a cualquier persona percibir con claridad la debilidad del menor y facilita que se represente lesiones potenciales si el bebé recién nacido es intensamente golpeado o sometido a sacudidas notoriamente violentas, pero, como hemos expresado anteriormente, este elemento inferencial debe ir acompañado de otros elementos complementarios que consoliden la imagen de aquello que el sujeto activo se pudo representar en cada caso concreto».

b) «La inferencia no se refuerza porque el acusado fuera ya padre con anterioridad pues, con independencia de esta circunstancia, la percepción de fragilidad y del riesgo lesivo es predicable de cualquier persona que sostenga en sus brazos a un bebé con tan escaso tiempo de vida, sin precisar de una previa experiencia paternofilial».

c) Finalmente, «los otros dos elementos probatorios que se aportan, pudiendo ser reflejo de una personalidad dominante y colérica, nada desvelan sobre la representación que pudo hacerse el acusado sobre el riesgo inherente a su comportamiento. Estos elementos probatorios podrán ser indicios con los que evaluar el elemento volitivo o si el acusado aceptó el resultado que

previamente se representó, pero son anodinos para ofrecer información sobre la previsión que pudo hacerse el acusado de las lesiones».

En sentido opuesto, el Tribunal menciona diversos factores que, a su juicio, apuntan a la falta de representación suficiente. En concreto:

a) Se constata cómo la Audiencia rechazó que «el acusado hubiera agredido a su hijo de ninguna otra forma o que le hubiera sometido a cualquier otro tipo de maltrato», añadiendo «que no se ha probado si en la noche de los hechos zarandeó a su hijo en una sola ocasión o en varias. Por otro lado, desconocemos cómo se produjo ese zarandeo. No se ha plasmado en base a estigmas físicos o a consideraciones médicas, si la violenta sacudida lesiva que enjuiciamos puede sufrirse incluso en supuestos de sujeción parcial de la cabeza (como por ejemplo si se mantiene al bebé recostado sobre ambos brazos) o si necesariamente debe ejecutarse estando el menor plenamente desprotegido».

b) Asimismo, prosigue la mayoría del Tribunal, «tampoco se ha indagado médicamente cuál es la intensidad que precisa el movimiento para alcanzar un umbral de riesgo en función de una u otra circunstancia de sujeción, ni el valor que debe darse en este caso a la ausencia de lesiones cervicales en orden a prospeccionar la intensidad del comportamiento enjuiciado. De hecho, la absoluta carencia de musculatura en el cuello de un bebé con once días de vida, invita a pensar que si verdaderamente se hubiera ejecutado un violento zarandeo del niño teniendo este su cabeza desprotegida y exangüe, se hubieran derivado ostensibles lesiones cervicales o incluso la muerte, pareciendo que la realidad descrita en la sentencia de instancia sea más compatible con que el zarandeo o la sacudida de su cuerpo se perpetrara estando la cabeza apoyada en algo o parcialmente limitada en sus movimientos».

c) En cuanto a los citados mensajes de WhatsApp, se señala que, «realmente estos elementos reflejan la poca contención conductual del recurrente, pero no pueden operar como elementos indiciarios de la representación del riesgo, ni son siquiera concluyentes para discernir si el acusado aceptó o asumió que su comportamiento pudiera conducir a lesiones en su hijo». Y se añade que «no se han aportado pruebas que describan con qué intensidad pudo el padre perder la templanza en esa noche, pero ninguno de los moradores de la casa ha relatado haberse despertado por algún grito o episodio colérico. Y a pesar del contenido ofensivo de los mensajes de wasap [sic] que recoge la sentencia, la madre del bebé reflejó su carácter aislado y declaró que el acusado tiene un comportamiento satisfactorio con sus hijos; testimonio que no parece de mera complacencia con el acusado, pues es concordante con lo que siempre ha sustentado toda la familia, esto es, que en la noche de los hechos, puesto que el niño mantenía un llanto continuo, fue el acusado quien se ofreció para que la madre descansara y esforzarse él en consolarle y dormirle».

d) Igualmente se subraya cómo «el matrimonio trasladó a su hijo al hospital tan pronto como detectaron (en esa misma noche y poco tiempo después), que el bebé gemía de manera anormal» y se añade, finalmente, respecto de la condena anterior de Benigno, que «se trata de un dato que tampoco permite presumir que el acusado llegara a prever y aceptar las lesiones del bebé. Es más, la condena lo fue por un delito de violencia psíquica habitual que, por sí mismo, refleja que en el espacio de convivencia entonces enjuiciado, el acusado nunca desplegó agresiones físicas».

A la vista de todos estos indicios y contraindicios concluye la mayoría de la Sala que «los elementos probatorios manejados no son realmente expresivos de lo que pasó esa noche y de cuál fue el comportamiento concreto del acusado, de modo que resultan inculpativamente abiertos. Las evidencias aportadas por la acusación, tanto pueden ser concordantes con que: a) el acusado conoció y se representó que, dada la fragilidad del niño, era altamente probable que le causara importantes lesiones; como ser indicativas de la tesis alternativa: b) que el acusado, pese a percibir que el zarandeo de un niño es objetivamente un trato desacertado ante su evidente fragilidad, no fue consciente de la idoneidad del comportamiento para causar lesiones».

A la vista de todo ello, el Tribunal afirma que «debe concluirse que las acusaciones no aportaron elementos probatorios que permitan extraer la conclusión de que el acusado se representó firmemente que su comportamiento podía comportar la causación probable de unas lesiones y que las aceptó (...) conexionar la representación probable del resultado con el único dato de que el menor fue sometido a una sacudida cuando únicamente contaba con once días de vida y sin conocer más circunstancias del hecho, no es sino construir un supuesto de responsabilidad objetiva en función del resultado para los primeros tramos de la vida de la víctima». Por ello, se concluye afirmando la existencia de una vulneración de la presunción de inocencia y, casando la sentencia de primera instancia, se condena por un delito de lesiones por imprudencia grave (art. 152 CP) rebajando la pena impuesta a tres años de prisión.

3.2. El voto particular

Los magistrados Julián Sánchez Melgar y Susana Polo García se muestran en desacuerdo con la anterior conclusión. En sus propias palabras, «no acertamos a comprender cómo unas sacudidas a ese bebé, un zarandeo, que, en suma, suponen una agresión, pueden ingresar en los parámetros de la imprudencia, acción por lo general unida a la negligencia (por ejemplo, una caída fortuita del bebé), o una acción anudada a una finalidad arriesgada, que, por mor de la culpa del agente, se puede trastocar en un resultado imprudente con previsión, sobre la base de no quererse o no desearse naturalmente el resultado». A su juicio, «desde luego que quien así actúa, sea o no su padre, debe representarse la posibilidad de causar graves lesiones al bebé, incluso su muerte. Es un hecho probado que la cabeza del menor es el punto más frágil del infante, todavía en formación y con endeble cohesión con el resto del cuerpo, por lo que estando acreditado que el bebé tenía 11 días de vida, cualquier acto violento comprometería seriamente la vida del recién nacido. Y si es algo conocido para cualquiera, la naturaleza impone un deber más intenso de protección sobre nuestros propios hijos».

Desde su punto de vista, «los jueces “a quibus” concluyen que el acusado tuvo que representarse la alta probabilidad de causar lesiones al bebé si lo zarandeaba bruscamente cuando éste no se sostenía aun su cabeza, porque se trataba de un recién nacido de once días de vida y porque Benigno, el acusado, al menos por ser padre de otro hijo, conocía perfectamente la fragilidad física del bebé en este periodo de la vida. Y es en este contexto de valoración probatoria en el que el Tribunal contextualiza la personalidad colérica y violenta del acusado, lo que deduce, con razón, a nuestro juicio, a partir de los mensajes de Whatsapp que reproduce el recurso y de sus antecedentes penales, incluso, y además, por el testimonio de dos vecinas que pusieron de manifiesto que era habitual oír gritos, discusiones y golpes provenientes del domicilio de la pareja».

Prosigue el voto particular: «entre el dolo eventual y la culpa consciente hay una base coincidente: advertir la posibilidad del resultado y no querer el mismo. Pero en la imprudencia con culpa consciente existe algún elemento de donde poder deducir que el agente podría confiar en que no se iba a producir el resultado, bien a causa de su pericia, o de lo inverosímil de tal consecuencia (inidoneidad de los medios para causarlo), pero nada de ello ocurre en nuestro caso. Por ello, nos preguntamos: ¿Cómo iba a confiar el acusado que sacudiendo violentamente a su hijo no se iban a producir las graves consecuencias con las que, a la postre, resultó lesionado? ¿Cómo podemos sostener que ese padre que zarandeaba violentamente a su hijo, de once días de vida, no podía suponer que se le iban a causar lesiones cerebrales tan graves? ¿Y en qué confiaba para suponer que el resultado no iba a producirse?».

En palabras de los dos magistrados: «Es por ello, que no puede existir a nuestro juicio culpa con previsión, porque tal resorte jurídico, como ya lo hemos dicho, parte de la premisa que el sujeto que así actúa confía en que el resultado no se producirá, y aquí, como bien concluyen los jueces, tanto de la primera como de la segunda instancia, no puede existir otra conclusión que la expuesta por ellos: que “pese a conocer y representarse que, dada la fragilidad del niño, era altamente probable que le causara importantes lesiones”, lo que, en efecto, así se produjo». Por todo ello, y tras citar diversos precedentes del propio Tribunal en los que se apreció dolo eventual en casos de golpeo a niños de corta edad, concluyen afirmando literalmente que «que el conocimiento de la fragilidad de un bebé o de un niño de muy corta edad, es en sí mismo suficiente para representarse la alta probabilidad de que un zarandeo o violenta sacudida pueda generarle graves lesiones, sin que pueda confiar en otro resultado que el que es naturalmente predicable de su acción. Es por ello que el recurso debió ser, a nuestro juicio, desestimado».

Visibilizar el elemento volitivo del dolo, las máximas de experiencia y los sesgos: la delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente en el caso del “zarandeo” al bebé

Comentario a la STS 1175/2024, de 20 de diciembre

Mercedes Pérez Manzano
Universidad Autónoma de Madrid
mercedesp.manzano@uam.es

-

1. Introducción: ¿por qué el debate se centra solo en la prueba de la base fáctica del elemento intelectual del dolo?

1. Quiero comenzar este breve comentario señalando que, en mi criterio, la solución más razonable del caso es la que refleja la opinión mayoritaria de la sentencia comentada: es un caso de imprudencia grave y no de dolo eventual. Sin embargo, tengo algunas dudas de que la argumentación que ha conducido al Tribunal Supremo a dicha conclusión sea la más convincente posible.

Como ha quedado expuesto, el Tribunal Supremo reconstruye el motivo del recurso de casación, relativo al error en la valoración de la prueba, que se alegaba en relación con diversos documentos obrantes en autos, como vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Esta forma de proceder parece evidenciar que el Tribunal Supremo entendía que, a partir de la declaración de hechos probados existente, la única calificación posible era la de lesiones dolosas del art. 149.1 CP, pues, si hubiera sido de otra opinión, podía haber casado la sentencia estimando el motivo de infracción de precepto penal, que la defensa del acusado había articulado expresamente, sosteniendo la indebida aplicación de la calificación de lesiones graves dolosas del art. 149.1 CP e instando la aplicación de la correspondiente modalidad imprudente del art. 152.1.2ª CP.

Y la primera duda surge precisamente en este punto. ¿Realmente no era posible argumentar la existencia de lesiones imprudentes a partir de tal declaración de hechos probados? En lo que interesa, en la declaración de hechos probados consta que, ante los llantos del bebé, «el procesado, con el niño en brazos, estuvo dando paseos por el pasillo y el comedor de la vivienda a fin de calmarlo y, en esta situación y en un momento determinado, ... cogió al bebé por el cuerpo y lo zarandeo enérgicamente, pese a conocer y representarse que, dada la fragilidad del niño, era altamente probable que le causara importantes lesiones». En mi criterio, era perfectamente posible argumentar que para calificar las lesiones graves producidas –daño importante a la funcionalidad de un órgano principal como es el cerebro–, como dolosas no bastaba con esta escueta declaración de hechos probados, pues ninguna mención aparece en ella a la concurrencia de la base fáctica del elemento volitivo del dolo; esto es, ninguna referencia

hay en dicha declaración a si el padre del bebé aceptó, consintió o asumió un resultado tan grave. La sentencia de la Audiencia Provincial sí contiene una referencia al elemento volitivo del dolo en su fundamento jurídico tercero. Pero se trata de una aseveración desprovista de todo soporte argumental. Afirma el tribunal: «este Tribunal entiende que Secundino *necesariamente tuvo que representarse*¹ la alta probabilidad de causar lesiones a su bebé cuando le zarandeó bruscamente sin sostener su cabeza, y *pese a ello, ratificó y aceptó*² tal resultado».

2. Esta aseveración de la Audiencia Provincial y la forma de proceder del Tribunal Supremo no pueden extrañar, pues tienen una conexión directa con la propia concepción del dolo que la jurisprudencia de la Sala Segunda mantiene y que la sentencia comentada extracta. Conforme a ella, el dolo consiste en la representación del peligro concreto de la producción del resultado, lo que, según su propia declaración, implica un criterio normativo en el que prima el elemento cognoscitivo del dolo sobre el volitivo. Esta primacía, de un lado, se debe a un «enfoque procesal del problema», pues una vez acreditado que «un sujeto ha ejecutado una acción que genera un peligro concreto elevado para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo, se acude a máximas elementales de experiencia para colegir que está asumiendo, aceptando o conformándose con ese resultado, o que cuando menos le resulta indiferente el resultado que probablemente va a generar con su conducta». Por ello, como existe, en su criterio, tal máxima de experiencia, solo en casos extraordinarios se puede admitir la escisión de los dos elementos del dolo; esto es, solo de forma excepcional se puede entender que la acreditación del elemento intelectual no conduce a considerar también concurrente el elemento volitivo del dolo. Para que sea posible dicha escisión, el acusado debe acreditar que su confianza en la no producción del resultado está justificada. Además, la primacía del elemento intelectual del dolo obliga, según el Tribunal Supremo, a ser «sumamente rigurosos» en la ponderación del grado de probabilidad del resultado, sosteniendo que si la probabilidad «no es realmente elevada» no podrá afirmarse que el resultado «es altamente probable para el ciudadano medio situado en el lugar del autor», y que «es precisamente ese pronóstico probabilístico el que nos lleva a concluir que sí concurre el elemento volitivo del dolo, aunque sea bajo la modalidad atenuada o desdibujada de la aceptación, de la asunción o de la conformidad con el resultado»³.

En síntesis, de acuerdo con el Tribunal Supremo, el elemento cognoscitivo prima sobre el volitivo; solo excepcionalmente la acreditación del elemento cognoscitivo no conducirá a considerar concurrente el elemento volitivo; la elevada probabilidad de producción del resultado permitirá considerar que un ciudadano medio se habría representado dicho resultado y, por tanto, permitirá también inferir que el acusado se representó dicha elevada probabilidad; y, finalmente, dicha elevada probabilidad permitirá sustentar la conclusión de que concurre también el elemento volitivo debilitado del dolo eventual, esto es, la aceptación del resultado, salvo que el acusado pueda acreditar que su confianza en la no producción del resultado estaba justificada.

3. Ciertamente, con esta concepción, no parece necesario ocuparse mucho del elemento volitivo del dolo, pues este derivará, con casi total automaticidad, de la prueba del elemento cognoscitivo, y la prueba de este elemento derivará sustancialmente de la prueba de la peligrosidad objetiva de la conducta. Por ello el Tribunal Supremo comenzó el análisis del caso por la prueba de la

¹ La cursiva es propia.

² La cursiva es propia.

³ FJ primero, puntos 1.6 y 1.7.

peligrosidad objetiva de la conducta ya que ello le permitiría determinar los conocimientos generales que se atribuyen al ciudadano medio y a partir de ahí imputárselos al acusado, o negar dicha atribución si no estuvieran acreditados los conocimientos generales. Al margen de ello, nada que objetar al razonamiento del Tribunal Supremo en lo atinente a su declaración de que el conjunto indiciario era inculpativamente abierto respecto de la representación de la elevada probabilidad de producir las lesiones ocasionadas y que, en consecuencia, procedía la declaración de vulneración del derecho a la presunción de inocencia. El resultado al que llega es solvente y también lo son los argumentos aducidos: los conocimientos generales sobre los efectos del zarandeo son dudosos sin que exista un conocimiento preciso sobre el número o intensidad de los zarandeos necesarios para ocasionar este tipo de graves daños; no parece que la población en general conozca con el detalle requerido los especiales efectos neurológicos que este tipo de prácticas puede comportar; ni la relación paterno-filial ni la personalidad colérica, ni la condena previa por violencia psíquica a la madre añaden fuerza a la inferencia. Tampoco merece ninguna objeción la conclusión de que considerar acreditada la representación como probable del resultado a partir del único dato de que el menor «fue sometido a una sacudida cuando únicamente contaba con once días de vida y sin conocer más circunstancias de hecho, no es sino construir un supuesto de responsabilidad objetiva en función del resultado para los primeros tramos de la vida de la víctima».

Ahora bien, en mi criterio, la acreditación de la base fáctica de la representación no es suficiente para la prueba del proceso cognitivo y de toma de decisión necesario para el dolo en tanto que decisión en contra del bien jurídico como algo distinto de decidirse por una acción⁴. La decisión en contra del bien jurídico implica una situación subjetiva de oposición tanto a la regla de conducta que el Derecho penal pretende preservar, como al bien jurídico que es su misión proteger. Pues bien, representarse un riesgo, aunque sea elevado, no implica todavía un posicionamiento activo⁵ sobre la eventual producción de un resultado lesivo de un bien jurídico. La representación del resultado conecta al sujeto con su hecho de un modo distinto a la forma en que el elemento volitivo establece la vinculación con la transformación de la realidad que implica el resultado. El dolo en cuanto decisión contra el bien jurídico necesita del elemento volitivo, porque es este elemento el que representa dicho posicionamiento. Además, dicho elemento no puede derivar de la mera realización de la conducta peligrosa, pues ello implica desnaturalizar el principio de responsabilidad subjetiva⁶. Desde esta concepción, el dolo podría haberse negado incluso si se hubiera dado por probada la representación de la elevada probabilidad de producción del resultado, negando la concurrencia del elemento volitivo. El Tribunal Supremo, no obstante, no transitó este camino. Luego volveré sobre ello.

2. El procedimiento atributivo de la Audiencia Provincial y del voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo

4. Tampoco lo hicieron ni la sentencia de la Audiencia Provincial, ni el voto particular emitido, plagados ambos de expresiones del tipo el acusado «tuvo que representarse», «debió preverse», «debe representarse necesariamente» la elevada probabilidad del resultado. Sí razonaron en

⁴ Sobre ello, DÍAZ PITA, «La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización», *RP*, (17), 2006, pp. 67 ss.

⁵ PÉREZ MANZANO, «Elemento volitivo del dolo, responsabilidad por el hecho y responsabilidad subjetiva», *LH-Luzón Peña*, v. I, 2020, pp. 939 ss., 943 s.; LA MISMA, «El fundamento de la pena del delito doloso», *LH-Huerta Tocildo*, 2020, pp. 533 ss., 543.

⁶ Cfr. PÉREZ MANZANO, *LH-Luzón Peña*, v. I, 2020, pp. 945, 947.

torno a un elemento en principio ajeno al elemento intelectual del dolo, la confianza en la no producción del resultado, que, en mi criterio, forma parte del elemento volitivo del dolo. Las expresiones mencionadas y la forma en que se razona sobre la confianza en la no producción del resultado evidencian un modo de razonamiento en el que no se indaga sobre el estado mental del sujeto –representación, confianza– como un hecho psíquico autónomo e independiente de la conducta objetiva, sino que, para declarar concurrente el dolo, se utiliza un procedimiento extremo de atribución, que tendría cabida en el marco de la calificación jurídica de la conducta como dolosa y no en el contexto de la prueba de la base fáctica del dolo que resulta totalmente desnaturalizada. De hecho, el voto particular declara expresamente «[e]stamos en consecuencia disconformes con cualquier clase de imprudencia, con representación o sin ella, con la que pueda sostenerse jurídicamente la *subsunción* con la que disentimos»⁷. Esta forma de proceder, diluye la diferencia en prueba y subsunción y supone una objetivación máxima del dolo incompatible con la autonomía del principio de responsabilidad subjetiva que requiere partir de los elementos del dolo como estados mentales o procesos cognitivos que deben ser acreditados a través de procedimientos e indicios ajenos a la propia conducta típica. En este modelo la concurrencia del dolo se resuelve en un único procedimiento en el que se utilizan las características de la conducta objetivamente típica como elementos de los que derivar automáticamente la concurrencia del elemento subjetivo. Como ya advertí⁸, el problema de esta mecánica, que desfigura la prueba indiciaria, no reside en probar los elementos psicológicos a través de indicios objetivos, lo que, en sentido impropio, supone *dolus ex re*, sino que el problema reside en la clase de indicios que se utilizan y en el tipo de operación mediante la que se vinculan los indicios y el elemento subjetivo. De un lado, si los indicios se circunscriben al hecho típico se clausura, se cierra, la prueba indiciaria en torno a un único indicio impidiendo la individualización del hecho psíquico que es el presupuesto de la posibilidad de seguir operando con el principio de responsabilidad subjetiva. De otro, en un procedimiento de prueba indiciaria las máximas de experiencia que sirven de soporte a la vinculación entre los indicios y el hecho probado son refutables, como también lo es su correcta aplicación al caso; sin embargo, si se entiende irrefutable la vinculación entre el indicio y el hecho que se considera probado a partir de él, no se está operando con un procedimiento inductivo de prueba, sino con uno atributivo en el que el elemento subjetivo se sustituye en realidad por el objetivo, perdiendo totalmente su autonomía. Este es el contexto que explica que la Audiencia Provincial afirme: «en el presente caso, las consecuencias lesivas producidas constitutivas del art. 149.1 CP están abarcadas por el dolo en la medida en que *la acción permite*⁹ la representación del resultado».

Esta mecánica no distingue entre prueba de la base fáctica del dolo y subsunción en el tipo subjetivo doloso. En la mejor de las interpretaciones posibles, este tipo de aseveraciones no supone más que la conclusión expresa de dos inferencias en las que se han aplicado sendas máximas de experiencia implícitas no desarrolladas. Primera máxima: todo sujeto que realiza una conducta muy peligrosa se representa la elevada probabilidad de producción del resultado, por ello se afirma que «tuvo que» representarse la probabilidad de producción del resultado¹⁰;

⁷ La cursiva es propia.

⁸ Cfr. PÉREZ MANZANO, «Prueba y subsunción en el dolo: Una cuestión de garantías constitucionales», *LH-Mir Puig*, 2017, pp. 355 ss., 361.

⁹ La cursiva es propia.

¹⁰ En la doctrina española sostienen la existencia de una máxima de experiencia de este tipo por ej. LAURENZO COPELLO (*Dolo y conocimiento*, 1999, p. 149), quien entiende que, si una conducta es altamente peligrosa, las circunstancias que fundamentan ese peligro son perceptibles por cualquiera, o RAGUÉS (*El dolo y su prueba en el*

segunda máxima: todo sujeto que se representa la elevada probabilidad de producción del resultado y actúa asume –acepta– el resultado¹¹. En mi criterio, ambas máximas son cuestionables: la primera es incorrecta y, aunque no lo fuera, estaría mal aplicada en el caso; y la segunda, aunque estuviera corroborada, es perfectamente refutable en el caso concreto. Pero la forma en que se argumenta con estas máximas implica también que la convicción de que, una vez aplicadas las máximas de experiencia, el dolo cae por su propio peso, sin que sea preciso argumentar de forma suplementaria que los hechos psíquicos declarados probados en aplicación de dichas máximas son suficientes o idóneos para integrar el dolo.

3. Conducta peligrosa y representación del peligro

3.1. ¿Qué máxima de experiencia opera?

La primera máxima de experiencia es incorrecta pues los estudios experimentales evidencian lo contrario de lo que la misma expresa: que el ser humano es un optimista patológico que no se representa la elevada probabilidad de producción del resultado cuando realiza conductas que generan riesgos. De un lado, al actuar tendemos a minusvalorar las probabilidades de que con nuestra conducta produzcamos eventos negativos, comportándonos como optimistas patológicos. Esto no es más que una concreción del sesgo de autopercepción. Así que no existe una máxima de experiencia que nos permita inferir la representación del riesgo concreto creado a partir de las probabilidades reales de producción del resultado, o del riesgo generado, sino más bien la contraria. En realidad, la máxima de experiencia existente juega en contra de declarar probada la representación del riesgo a partir exclusivamente de la elevada probabilidad objetiva de producción del evento: aplicando la máxima de experiencia habría que concluir que, en ausencia de intención directa de producir un resultado, lo más probable es que cuando un sujeto normal actúa generando un riesgo se habrá representado la conducta como menos peligrosa de lo que en realidad es; esto es, habrá descartado para sí mismo estar creando esa clase de peligro.

3.2. Si existiera tal máxima, ¿sería aplicable al caso?

De otra parte, se ha de tener en cuenta que, aunque la máxima de experiencia se hubiera corroborado en la práctica social o mediante prueba empírica, su correcta aplicación a un hecho requiere que el hecho concreto no presente circunstancias que lo singularicen apartándolo del caso “general” sobre el que se construyó la máxima de experiencia. Y esto es lo que también sucede en el caso: hay al menos una circunstancia relevante que permite refutar la aplicación de la máxima al caso concreto, porque permite individualizar el caso fuera del marco aplicativo de la máxima de experiencia, incluso si fuera correcta. Se trata de que hay un rasgo de la personalidad del acusado que tiene especial relevancia para entender que tenía debilitada la capacidad de percepción del riesgo respecto de un ciudadano-padre medio: la personalidad colérica del acusado. Una persona colérica es alguien a quien le invade una emoción profundamente negativa, la ira, sin que pueda controlarla fácilmente. Los estudios de neurociencia han puesto de relieve el importante papel que tienen las emociones en nuestras

proceso penal, 1999, pp. 468 ss., 482 ss.), para quien sería perceptible por cualquier adulto normal que tiene sus capacidades intactas.

¹¹ En palabras del voto particular: «las máximas de experiencia revelan que quien realiza conscientemente un acto que comporta un grave riesgo está asumiendo el probable resultado».

funciones cognitivas y de toma de decisiones¹². Y no se trata solo de que las emociones positivas o negativas puedan marcar y ayudar a fijar los recuerdos en nuestra memoria, sino de que las emociones configuran nuestra percepción de la realidad, conduciendo a una selección parcial de los elementos de la realidad a los que se presta atención. Suele admitirse que el amor hacia otra persona conduce a tener una valoración positiva de esa persona o de sus acciones porque no se perciben los aspectos negativos –solo después de que el *globo se deshinch*a se comienza a ver al/a la enamorado/a como la persona real que es–. Quien se enamora realiza una valoración parcial de la persona objeto de enamoramiento porque la persona está implicada con la otra a través de emociones intensas. Pues bien, las emociones negativas también generan una valoración parcial –no imparcial– de la realidad en la que se está inmerso, aunque no existan circunstancias que avalen tal valoración, simplemente porque el sujeto es incapaz de percibir otros elementos de la realidad que modularían su percepción y valoración: la emoción negativa, la ira, genera que el sujeto solo atienda a parte de las circunstancias que configuran la realidad. Si el llanto persistente de un bebé durante la noche es capaz de alterar el temple de un ciudadano medio, no es descartable que alterara sobre manera a un sujeto que ya había hecho gala previamente de su escasa capacidad de control de sus emociones. Un episodio de ira habría desestabilizado su percepción, le habría “nublado la vista”, es decir, le habría disminuido su capacidad de percibir el zarandeo de su bebé como una maniobra que podría ocasionarle graves daños. Así que la personalidad colérica del acusado, lejos de tener los efectos negativos que quiso extraer la Audiencia Provincial como parte del contexto fundante del dolo eventual, conllevaría, en mi opinión, la consecuencia contraria¹³: la negación de la representación del elevado peligro de producción del resultado.

4. Representación de la probabilidad de producción del resultado y aceptación del resultado

Incluso en la hipótesis de considerar acreditada la representación del elevado peligro de producción del resultado, y de admitir una concepción tan restrictiva del elemento volitivo del dolo eventual como la que mantiene el Tribunal Supremo, para considerar acreditado el elemento volitivo del dolo sería necesario asumir la validez de la segunda máxima de experiencia y su operatividad en el caso. Aunque sea perfectamente posible argumentar que no «todo sujeto que se representa la elevada probabilidad de producción del resultado y actúa asume –acepta– el resultado»¹⁴, no lo voy a hacer, pues, probablemente, la dependencia entre el elemento volitivo y el intelectual que expresa la máxima de experiencia solo supone la aplicación, a través de un vago conocimiento de psicología popular, de algo de lo que la Neurociencia parece advertirnos:

¹² Cfr. ROTH, «La relación entre la razón y la emoción y su impacto sobre el concepto de libre albedrío», en RUBIA (dir.), *El Cerebro: avances recientes en Neurociencia*, 2009, pp. 103 ss.; KOK, *Functions of the Brain. A conceptual Approach to Cognitive Neuroscience*, 2020, pp. 285 ss.; CARRETIÉ, *Anatomía de la mente*, 3ª ed., 2021, cap. 8. Sobre los errores de pensamiento cálido, cfr. BRONCANO, «El control racional de la conducta», en EL MISMO (dir.), *La mente humana*, 1995, p. 311.

¹³ También el Tribunal Supremo cree que la personalidad colérica podría tener relevancia para evaluar el elemento volitivo. En el punto 1.14 afirma: «otros dos elementos probatorios que se aportan, pudiendo ser reflejo de una personalidad dominante y colérica, nada desvelan sobre la representación que pudo hacerse el acusado sobre el riesgo inherente a su comportamiento. Estos elementos probatorios podrán ser indicios con los que evaluar el elemento volitivo o si el acusado aceptó el resultado que previamente se representó, pero son anodinos para ofrecer información sobre la previsión que pudo hacerse el acusado de las lesiones».

¹⁴ Por todos, DÍAZ PITA, *RP*, (17), 2006, pp. 66 ss.

la falta de independencia de todos los procesos cognitivos y de toma de decisiones¹⁵. Sin embargo, sí creo que hay buenos argumentos que avalan la inoperatividad de dicha máxima de experiencia en el caso concreto.

En efecto, este tipo de casos en los que uno de los padres es el acusado de ocasionar un resultado en su hijo es de los que permiten argumentar que estamos ante un caso singular para el que la máxima de experiencia no es adecuada porque está fuera del marco circunstancial que permite extraer la regularidad. En primer lugar, porque, al igual que en los casos de creación de elevados peligros durante la conducción de un vehículo a motor, la representación de la probabilidad de producción del resultado implicaría siempre representarse la probabilidad de causación de un daño para el propio sujeto activo. En estos casos, en los que la verificación del resultado inherente al peligro supone generar un daño a quien crea el peligro, hay que partir más bien de la máxima contraria: dado que el sujeto no es un suicida ni un masoquista, aunque se hubiera representado la elevada probabilidad de producción del resultado, lo que está claro es que dicha representación no implicaría la asunción o aceptación de la producción del resultado. Ello explica que no suela plantearse la imputación del resultado a título de dolo eventual en los casos en los que los resultados se producen en el marco de la conducción de vehículos de motor y que se introdujera un tipo específico para los casos de «conducción suicida».

En el caso de la imputación de los padres como autores de la conducta que genera graves resultados en sus hijos, en situaciones estándar de afectividad, es evidente que la fuerte relación emocional con estos hace que el resultado negativo producido en un hijo implique un dolor enorme en los padres, no en vano cualquier padre o madre prefiere padecer el mismo un daño a que le suceda algo a su hijo, así que se trata de casos similares a los de la conducción de vehículos a motor: la producción del resultado produce daños en el propio sujeto que genera el riesgo. Pero es que, además, en el caso analizado, por el tipo de lesiones probables –daños neurológicos incapacitantes– es evidente que los padres sufrirán los efectos de la conducta durante toda su vida, teniendo que ocuparse del cuidado y especial atención que conlleva este tipo de resultados que generan dependencia, con una limitación evidente de su libertad y una transformación radical de su modo de vida. Los padres “penarán” durante toda su vida con su dolor y la transformación de su modo de vida asociadas a las limitaciones de su hijo.

Así que, en un caso como el analizado, existían buenas razones para negar la concurrencia de la base fáctica no solo de la representación sino también del elemento volitivo del dolo eventual.

5. El papel de la confianza en la no producción del resultado

5. Mención singular merecen las afirmaciones realizadas sobre el valor que se atribuye a la confianza en la no producción del resultado en el voto particular. Ya se ha expuesto la tesis del Tribunal Supremo sobre la función excepcional que cumple la confianza en que el resultado no se producirá de cara a excluir la atribución de responsabilidad por dolo. El voto particular ahonda en dicha concepción sosteniendo, con cita de la STS 69/2010, Penal, de 30 de enero (ECLI:ES:TS:2010:902) que «[l]as alegaciones que en la práctica se hacen en el sentido de que se confiaba en que no se llegara a producir un resultado lesivo precisan de la acreditación de

¹⁵ Sobre ello cfr. PÉREZ MANZANO, «Reflexiones sobre el concepto de dolo a la luz de las aportaciones de la Neurociencia Cognitiva», en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal y comportamiento humano. Avances en Neurociencia e Inteligencia Artificial*, 2022, pp. 395 ss.

circunstancias excepcionales que justifiquen esa confianza, pues esta no puede convertirse en una causa de exculpación dependiente del subjetivismo esgrimido por el imputado». Precizando en qué podrían consistir dichas circunstancias que permitan acreditar la confianza en la no producción del resultado, afirman los magistrados que estas podrían ser la propia pericia o «lo inverosímil de tal consecuencia (inidoneidad de los medios para causarlo)». Y ya en relación con el caso sostienen los firmantes del voto particular que el acusado no podía confiar en otro resultado que el que derivaba de su acción, utilizando como argumentación preguntas retóricas tales como cómo podía confiar el acusado en que el resultado no se iba a producir realizando un violento zarandeo, o en qué confiaba para suponer que el resultado no iba a producirse. Por ello concluyen que el conocimiento de la fragilidad de un bebé «es en sí mismo suficiente para representarse la alta probabilidad de que un zarandeo o violenta sacudida pueda generarle graves lesiones».

En realidad, todas estas afirmaciones implican que los magistrados están valorando la razonabilidad de la confianza en la no producción del resultado, pero no que estén utilizando indicios objetivos para inferir la existencia del estado mental «confiar en que el resultado no se va a producir»; como estado psíquico la confianza en la no producción del resultado vendría a representar la cara negativa del elemento volitivo debilitado del dolo eventual en las teorías del consentimiento: si se confía en que el resultado no se producirá, la realización de la conducta no implica que se acepte el resultado. En favor de la argumentación del voto hay que decir que resulta harto complicado tratar a este elemento como un estado mental y encontrar máximas empíricas o de experiencia que nos permitan realizar las inferencias inductivas que el procedimiento probatorio requiere. Y ello porque probablemente carece de correlato en los procesos cognitivos o, al menos, carece de autonomía en su seno. No en vano la incorporación de este elemento a la dogmática del dolo no se ha sustentado en las investigaciones neurocientíficas sobre los procesos cognitivos y de toma de decisiones y la doctrina suele entender que se trata de un elemento de carácter normativo¹⁶. Si esto es así, lo correcto es incorporar las argumentaciones sobre su concurrencia al momento subsuntivo, esto es, a la calificación jurídica de la conducta como dolosa. Ello encaja también mejor con la idea de que estos razonamientos en realidad no expresan una proposición asertiva sobre la existencia de la confianza en la no producción del resultado sino una valoración sobre la racionalidad o irracionalidad de dicha confianza. Solo en este contexto de valoración de la racionalidad de la confianza tiene sentido analizar la pericia del sujeto al realizar una conducta peligrosa o la mayor o menor idoneidad de los medios para producir el resultado, pues, ciertamente, cuanto más peligrosa objetivamente sea la conducta, mayor pericia se requerirá para afirmar que la confianza era razonable, y a la inversa, cuanto menores probabilidades de producir un resultado sean inherentes a la conducta, mayor razonabilidad en la creencia individual de que el resultado no se producirá.

En todo caso, lo que carece de todo punto de razonabilidad es inferir la intensidad del zarandeo –su carácter «brutal»– de la gravedad de las lesiones producidas, como parece hacer el voto particular. El voto particular primero describe el tipo de lesiones producidas sosteniendo que implicaban un riesgo para la vida del bebé y sin solución de continuidad, en el siguiente párrafo, concluye que «[s]e encuentra, en consecuencia, fuera de toda duda que la violencia del zarandeo tuvo que ser brutal, al punto que le produjo un patente “riesgo vital”, por lo que pudo perfectamente haber fallecido como consecuencia de tal agresión». Más allá de si, en realidad, el

¹⁶ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte General*, t. I, 1996, p. 426.

voto particular está afirmando el dolo eventual de homicidio y no de lesiones graves, esta afirmación no encaja totalmente con las aseveraciones sobre la especial fragilidad de un bebé de once días, pues, quizás, dicha fragilidad hace que un zarandeo leve sea capaz de provocar lesiones tan graves. La pregunta es entonces: ¿si un zarandeo leve fuera capaz de provocar graves lesiones neuronales en un bebé de once días, seguiría afirmándose la irrazonabilidad de la confianza en la no producción del resultado? En puridad, si el razonamiento sobre la confianza depende de las probabilidades de producción del resultado, dado que estas serían también altas en esta hipótesis, aunque el zarandeo fuera de poca intensidad –no brutal–, la confianza seguiría siendo igual de irracional puesto que el sujeto no habría realizado nada para conjurar el peligro inherente a la acción, un peligro que es igualmente elevado. A pesar de ello pienso que la intensidad del zarandeo es elemento relevante para que el voto particular afirme el dolo eventual, y que, si se hubiera probado un zarandeo de menor intensidad, probablemente los magistrados que lo firman habrían admitido la imprudencia.

6. Los sesgos en la atribución de elementos subjetivos

6. Lo expuesto me conduce a una última cuestión que no quiero dejar de mencionar: en la determinación de la concurrencia del dolo en casos como el analizado operan sesgos que invalidan la concepción del dolo como elemento del principio de responsabilidad subjetiva. De un lado, aunque cuando somos nosotros mismos los implicados en la generación de riesgos, el ser humano actúa como un optimista patológico descartando que realmente esté generando un riesgo muy probable, lo que conduce a valorar nuestra propia actuación como imprudente y no como dolosa, cuando evaluamos la conducta de un tercero y nos preguntamos si un sujeto concreto se representó un resultado sabiendo que este finalmente se ocasionó –posición habitual del juez–, el ser humano tiende a elevar la atribución de «conocimiento», porque funcionamos como «un acusador intuitivo»¹⁷. El ser humano ha desarrollado la capacidad de identificar las intenciones de los demás porque ello es fundamental para la propia supervivencia, pero a través de esta capacidad el ser humano tiende a atribuir intenciones negativas en más ocasiones de aquellas en las que en realidad existe tal intención: tendemos a atribuir intencionalidad negativa donde no la hay –error por exceso– porque es un mecanismo de autodefensa que genera menores costes en supervivencia de la especie que cometer el error de no atribuir intencionalidad negativa en quien sí la tiene –error por defecto–: si tratamos de percibir si alguien tiene intención de ocasionarnos un daño y erramos por defecto, el error puede ser fatídico. De otra parte, no requiere mucha argumentación afirmar que cuando un resultado se ha producido y analizamos *ex post* la peligrosidad de la conducta, opera el sesgo retrospectivo, pues hay estudios empíricos muy contundentes al efecto¹⁸. Además, en la atribución de estados mentales en casos como el analizado, con una carga moral relevante, operan otros sesgos que han sido puestos de relieve por estudios realizados por los filósofos experimentales. De un lado, se ha detectado el que se denomina «efecto Knobe», esto es, el que implica que en la atribución del estado mental

¹⁷ Sobre ello, PÉREZ MANZANO, «Algunos datos empíricos sobre la atribución de estados mentales. ¿Fracaso del principio de responsabilidad subjetiva o de un determinado concepto de dolo?», *RECPC*, (23-15), 2021, p. 8 (y bibliografía citada). El ser humano va desarrollando la capacidad de identificar los estados mentales de los demás y la completa en torno a los 6 o 7 años de edad; esta capacidad de identificar la intencionalidad con la que otros operan es fundamental para la supervivencia y autodefensa. Esta capacidad es la que nos ha convertido a los seres humanos en acusadores intuitivos, y explica el refrán «piensa mal y acertarás», pues, aunque este sesgo conduzca a un error, este tiene menor relevancia que el contrario –no atribuir intencionalidad cuando si la hay– pues podría provocar la ausencia de defensa con efectos negativos para el propio sujeto.

¹⁸ Sobre los sesgos retrospectivo y de autopercepción, cfr. KAHNEMAN/TVERSKY, «The psychology of prediction», *Psychological Review*, (80-4), 1973, pp. 237-251.

intencionalidad influye de forma relevante la valoración moral del evento, de modo que, si la valoración del resultado es negativa, existe mayor tendencia a atribuir intencionalidad que si la valoración es positiva; también se ha detectado la interdependencia entre la gravedad del resultado producido y la atribución de intencionalidad, de modo que a mayor gravedad del resultado mayor porcentaje de atribución de intencionalidad¹⁹.

Todo ello indica que, en un caso como el presente, se ha de estar especialmente atento a los sesgos para que estos no nutran la argumentación sobre la responsabilidad a título de dolo, pues el resultado es de aquellos que repugnan a cualquier persona –tienen una valoración moral negativa de forma universal–: lesiones neuronales incapacitantes que se han ocasionado a un ser tan indefenso como un bebé de once días por su padre. Así que no es sorprendente que se comience la argumentación describiendo la gravedad del resultado, para, desde ahí, afirmar la clase de conducta especialmente peligrosa de la que con elevadísimas probabilidades se produciría dicho resultado; y, en un segundo momento, afirmar que, como era tan probable que una acción de tal clase condujera al resultado, cualquiera se habría representado el riesgo, de modo que también el acusado tuvo que representárselo. Que tras este razonamiento se encuentren máximas de experiencia contrastadas y no ese acusador intuitivo, que todos llevamos dentro, y que opera con el sesgo retrospectivo y la valoración moral especialmente negativa del resultado, es una hipótesis que no podemos descartar más allá de toda duda razonable.

7. Consensos y discrepancias

Hasta el epígrafe anterior llegaba mi comentario. Paso ahora a dialogar con quienes me acompañan en este comentario.

7. Es enorme el consenso que mantengo con la tesis que defiende José Manuel PAREDES, hasta el punto de que me parece que ambos comentarios se complementan, explicando el profesor PAREDES con maestría y precisión los conocimientos en Neurociencias cognitivas indispensables para construir el dolo. Ambos entendemos que en la determinación de la concurrencia del dolo tienen una relevancia singular los hechos psíquicos y su prueba, así como que dicha prueba debe hacerse mediante inferencias inductivas construidas a partir de máximas científicas. Ambos criticamos la práctica judicial más extendida, relativa a la prueba del sustrato psíquico del dolo, por utilizar máximas de experiencia poco científicas y reclamamos una actualización científica tanto de las máximas que se utilizan para dicha prueba como del instrumental conceptual y terminológico del que los penalistas nos servimos para referirnos a los «elementos» del dolo o a la definición misma de este. En este marco no creo tener discrepancias significativas con lo argumentado por PAREDES en las distintas ocasiones en que se ha ocupado de este tema, incluido este comentario. La única observación que puedo realizar es que quizás se ha ocupado poco de la cuestión de cómo pasamos de la prueba de los hechos psíquicos al dolo sin dar un salto en el vacío. Leyendo a PAREDES pudiera parecer que, una vez definido el dolo de acuerdo con el bagaje conceptual que hoy nos aportan las ciencias cognitivas, el proceso penal solo tendría por objeto la prueba de aquellos estados mentales que constituyen el sustrato fáctico del dolo. Si esta interpretación fuera correcta, la determinación del dolo se agotaría en la prueba de sus componentes psíquicos, sin que fuera necesario hacer una segunda operación de subsunción-

¹⁹ Cfr. KNOBE, «Intentional action and side effects in ordinary language», *Analysis*, (63), 2003, pp. 190-194; EL MISMO, «Intention, intentional action, and moral considerations», *Analysis*, (64), 2004, pp. 181-187; BEATTEY/FONDACARO, «The misjudgment of criminal responsibility», *Behavioral Science Law*, (36), 2018, pp. 457 ss., 466.

valoración de tales hechos psíquicos. Esta es la consecuencia de una concepción estrictamente psicológica del dolo: el dolo se agota en sus componentes psíquicos y no resulta necesaria ninguna valoración de dicho sustrato psíquico.

A mi modo de ver, sin embargo, es necesaria una segunda operación, de manera que en la determinación procesal del dolo sería necesario realizar dos operaciones: la prueba de los componentes psíquicos; y la valoración de los mismos para proceder a la subsunción de los hechos en la modalidad dolosa de la correspondiente figura delictiva. Es en este segundo escalón de análisis, regido por principios constitucionales e interpretativos diversos a los que rigen y fundamentan la prueba de los hechos objetivos y psíquicos, en el que se dota de significado jurídico-penal a los hechos psíquicos, por eso es imprescindible. En este nivel la representación del dolo como decisión contra el bien jurídico, el respeto de la autonomía personal y el fundamento de la mayor pena del delito doloso serían los criterios que guían dicha evaluación²⁰. Si los avances en las ciencias cognitivas nos conducen hoy a un concepto dolo en el que debiéramos matizar la presencia de la consciencia, incorporar otros procesos cognitivos como las emociones y tomar en consideración la interconexión entre todos ellos y la gradualidad de la voluntad, los penalistas y los tribunales deberíamos, además de incorporar dichos conocimientos científicos, explicar la relevancia de tales procesos para la responsabilidad penal y para el merecimiento de pena haciendo de esta manera visibles y viables los criterios de evaluación de relevancia jurídico-penal de los hechos psíquicos.

8. A pesar de compartir la valoración positiva de la solución mayoritaria dada al caso por el Tribunal Supremo, mis coincidencias con ROCCASALVO y PÉREZ BARBERÁ son menores, aunque reconozco que son mayores de las que esperaba.

Así, comparto la valoración crítica realizada por ROCCASALVO sobre el uso que hace el Tribunal Supremo del calificativo «normativo» que utiliza para identificar su teoría, pues, ciertamente, tal calificativo requiere incorporar una valoración que se proyecta sobre un sustrato fáctico previamente determinado por un procedimiento probatorio, por lo que poco tiene que ver con los componentes que integran el dolo sino con la forma de determinarlos. También comparto la idea de que la base fáctica declarada probada en la sentencia comentada es insuficiente para considerar probada la representación de la elevada probabilidad de la producción del tipo de lesiones producidas, pero no solo porque se trata de una acción impulsiva, realizada sin ningún tipo de reflexión, sino porque hay indicios para sostener que la maniobra que el padre realizó tuvo lugar en un estado emocional intenso en el que la percepción de la realidad fue limitada debido precisamente al estado emocional del sujeto. Y, finalmente, comparto también la idea de que, aunque el Tribunal Supremo no hubiera negado la existencia de representación del resultado, hubiera sido posible negar la concurrencia de dolo.

Ahora bien, las razones esgrimidas por ROCCASALVO en apoyo de esta conclusión no me parecen convincentes. Sostener que la concurrencia de dolo, o la imposición de la pena prevista para la modalidad de lesiones graves dolosas, debe fundamentarse en un criterio objetivo cual es el de la cualidad del peligro generado con la acción, me parece que no solo hace un flaco favor al principio de responsabilidad subjetiva, sino que anula su funcionalidad como principio garantista vinculado a la autonomía individual. Con cita de las tesis de PUPPE y HERZBERG, ROCCASALVO sostiene que el fundamento de la mayor pena de los delitos dolosos se asienta en la

²⁰ Cfr. PÉREZ MANZANO, *LH-Huerta Tocildo*, 2020, pp. 533 ss.

generación de un tipo de peligro, el peligro cualificado, no cubierto por la atención humana; un peligro que, conforme a las máximas de experiencia, conducirá a la producción del resultado. Este tipo de tesis prescinden del lado subjetivo del hecho olvidando la relevante función que cumple el principio de responsabilidad subjetiva de cara a fundamentar el merecimiento de pena por su autor. Se olvida que lo que está en juego es si merece la misma pena la creación de un riesgo –cualificado o no– de producción de la lesión de un bien jurídico realizada con dolo o por mera imprudencia y las razones que hay detrás de una contestación negativa de dicha pregunta: el merecimiento de pena depende de la distinta intensidad en el control o dominio subjetivo del hecho típico, en el diferente poder de evitación del resultado en las distintas situaciones; y ello es lo que intentamos captar mediante la exigencia de dolo e imprudencia²¹. No tener en cuenta ese distinto control personal en la realización del hecho no respeta la autonomía individual al pasar por alto que la autonomía depende de la vinculación subjetiva que media entre el sujeto y su acto²².

9. Por último, respecto de las tesis de PÉREZ BARBERÁ expresadas en este comentario, mi mayor discrepancia se refiere al concepto de dolo que, en su criterio, deriva de la regulación del error en el art. 14.1 del Código penal español²³. Se adscribe PÉREZ BARBERÁ a una tesis bastante extendida en España entre los defensores de las teorías de la representación, conforme a la cual de dicho precepto, *sensu contrario*, se extrae como consecuencia, la irrelevancia del elemento volitivo para la concurrencia de dolo. El argumento utilizado es el siguiente: dado que el Código penal establece que el desconocimiento invencible excluye el dolo y no ha previsto de forma paralela la exención, o, al menos, la atenuación, de la responsabilidad por dolo para los casos de ausencia del elemento volitivo del dolo²⁴, entonces es que el legislador no otorga relevancia al elemento volitivo. Desde esta perspectiva, se sostiene bien que en el Código penal español la voluntad no forma parte del dolo, de modo que éste vendría configurado exclusivamente en torno al elemento intelectual, bien que se trata de un elemento no esencial²⁵. A mi modo de ver, sin embargo, es perfectamente posible defender una concepción dual del dolo sin romper las costuras del Código penal vigente.

²¹ También claro está, con el resto de los requisitos que tienen que ver con la capacidad de culpabilidad y el conocimiento de la prohibición.

²² Cfr. PÉREZ MANZANO, *LH-Huerta Tocildo*, 2020, pp. 543, 544.

²³ «El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente». Discrepo de otras tesis defendidas en sus trabajos sobre la equiparación de la ignorancia deliberada al dolo, o sobre la forma de determinar la ceguera ante los hechos, pero nada de ello es relevante para el presente comentario.

²⁴ Por todos, CORCOY BIDASOLO, «Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva», *ADPCP*, (XLIX-1), 1996, pp. 289 ss., 303; LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, 1999, pp. 15 ss.; RAGUÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 28 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, «Problemas actuales del dolo», *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 64, 69; RAMOS TAPIA, «Die Entwicklung des Vorsatzbegriffs in der spanischen Strafrechtswissenschaft», *ZStW*, (113-2), 2001, pp. 401 ss., 417; no obstante, LAURENZO COPELLO («Algunas reflexiones críticas sobre la tradicional división tripartita del dolo», *RDP*, (12), 2001, pp. 123 ss.), reconoce que los argumentos no son definitivos en contra de la teoría de la voluntad.

²⁵ De mero «adorno» habla FEIJOO, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», *CPC*, (65), 1998, pp. 269 ss., 280.

Dos son los argumentos que me parecen más relevantes en este sentido²⁶. En primer lugar, la regulación del error en el art. 14.1 CP no impide de forma absoluta entender que el elemento volitivo también forma parte del dolo, ya que dicho precepto regula solo las consecuencias jurídicas de la ausencia del elemento cognitivo, sin prejuzgar cuáles puedan ser las consecuencias que puede tener la ausencia del elemento volitivo²⁷, o si el elemento volitivo forma o no parte del dolo. Que el elemento intelectual sea elemento necesario del dolo, de modo que su ausencia lo elimine, no significa que sea elemento suficiente del mismo. En segundo lugar, quienes utilizan el argumento de la regulación del error en el Código penal español en apoyo de su tesis monista no toman en consideración que del propio Código penal pueden extraerse argumentos significativos a favor de la concepción dual del dolo²⁸. Así, resultan especialmente significativas tanto la regulación de la tentativa como la del desistimiento. Como es sabido, el art. 16.1 CP establece que «hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la *voluntad* del autor». De esta regulación se extrae que en los delitos de resultado ha de concurrir la voluntad de producir el resultado, ya que el castigo de la tentativa requiere que el autor quiera producir el resultado y que la causa de que éste no se produzca no resida en la voluntad del autor. Tampoco se estaría teniendo en cuenta que, de acuerdo con el art. 16.2 CP, «quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite *voluntariamente* la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de delito o falta». Como ha afirmado ROMEO CASABONA, también en este caso lo relevante es que lo ya ejecutado se haya realizado queriendo y que lo que no se realiza, la consumación del delito, se deba a la voluntad del sujeto²⁹.

Podrá argumentarse que hay otras formas de interpretar la voluntariedad en la tentativa y en el desistimiento, pero igualmente puede sostenerse una interpretación distinta del art. 14.1 CP español, como acabo de señalar. No parece, pues, que el legislador español haya tenido una voluntad inequívoca de prescindir del elemento volitivo del dolo, ni que su concepción de este elemento sea claramente monista.

²⁶ Así, las referencias expresas o implícitas a la voluntariedad en ciertos delitos –cuando se utilizan expresiones como «intencionadamente» o «maliciosamente»–, o la inclusión de ciertos elementos subjetivos de lo injusto en ciertos delitos que constituyen manifestaciones o expresiones volitivas de la acción del sujeto.

²⁷ ROMEO CASABONA, «Sobre la estructura monista del dolo. Una visión crítica», *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 923 ss., 937.

²⁸ ROMEO CASABONA, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 944.

²⁹ ROMEO CASABONA, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 939.

La prueba del dolo en los casos difíciles: una propuesta revisionista

Comentario a la STS 1175/2024, de 20 de diciembre

José Manuel Paredes Castañón
Universidad de Oviedo
paredesmanuel@uniovi.es

-

1. Los casos de muertes o lesiones producidas por el zarandeo de bebés a manos de adultos que los tienen bajo su cuidado plantean numerosos retos en el plano probatorio, tanto en relación con la parte objetiva de los tipos penales (de homicidio y/o lesiones) como con su parte subjetiva. En efecto, el hecho de que generalmente los daños sufridos por los bebés tengan lugar en situaciones en las que únicamente el/la cuidador/a está presente junto con el niño o niña (y, claro está, que este aún no pueda hablar, ni probablemente comprender siquiera lo que le está sucediendo) constituye siempre un desafío para la acusación, que tiene que ser capaz de superar el estándar de prueba exigido por la presunción de inocencia en una situación en la que (descontando aquellos supuestos en los que exista un patrón previo consistente y comprobado de violencia en contra del bebé) la valoración de las pruebas para poder llegar justificadamente a la conclusión de que ha existido una actividad inequívocamente criminal por parte de la persona cuidadora resulta siempre problemática, porque se basa casi exclusivamente en los informes periciales acerca de las probables causas de las lesiones producidas¹.

El presente comentario aborda un aspecto –solamente uno– del problema, el referido a la parte subjetiva del tipo penal, a la distinción entre conducta imprudente y conducta dolosa (de homicidio o de lesiones). Que es la que fue objeto de discusión y de discrepancia entre los tres tribunales (la Audiencia Provincial, en primera instancia, el Tribunal Superior de Justicia, en apelación, y el Tribunal Supremo en la casación) que examinaron el caso comentado, porque fue el núcleo central de los recursos presentados por la defensa del acusado (por cierto: en el de apelación, respaldado también por el Ministerio Fiscal). Así, en lo que sigue daré por buenas y por suficientemente probadas, sin discutir las, las conclusiones de la sentencia de instancia respecto de la existencia de relación causal entre la conducta del cuidador acusado y las lesiones sufridas por el bebé; sobre la previsibilidad objetiva de dicho resultado y la autoría del acusado; y sobre el desvalor objetivo (imprudencia) de la conducta de este. Y me concentraré en la pregunta, (que en realidad es doble) de si: 1º) la conducta típica de lesiones realizada por el acusado, Benigno, puede o no ser calificada como dolosa; y 2º) si hay prueba de cargo suficiente para justificar dicha calificación, satisfaciendo el estándar de prueba que hay que derivar de la presunción de inocencia en su faceta de regla de decisión probatoria².

¹ ROBERTS, «¿Fue el bebé sacudido? Prueba, pericia y epistemología jurídica en el proceso penal inglés», en VÁZQUEZ (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica*, 2013, pp. 135 ss.

² FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Prueba y presunción de inocencia*, 2005, pp. 178-199.

2. A este respecto, lo primero que quiero observar es que casos como el que comentamos (y, en general, los de zarandeo de bebés, pero también otros muchos) hacen particularmente visible un cierto grado de irracionalidad que aqueja a la teoría jurídica del dolo. Irracionalidad que se deriva del siguiente trilema: resulta irracional exigir a los órganos juzgadores, al mismo tiempo, que justifiquen la calificación de una conducta como dolosa en hechos (es decir, en pruebas), y no en meras decisiones intuitivas³; que utilicen una definición del concepto de dolo formulada a partir de términos de la psicología de sentido común (conocimiento, voluntad, aceptación, indiferencia, etc.), cuya concurrencia en el caso concreto es justamente lo que habría que probar; y que, además, toda esa actividad probatoria y de motivación de la valoración de la prueba cumpla el estándar de prueba exigible en virtud de la presunción de inocencia (empleando la fórmula más habitual: más allá de toda duda razonable). Y es irracional, porque, en mi opinión, no existe ninguna manera de cumplir simultáneamente con las tres condiciones de modo satisfactorio. Así, cuando los casos son más o menos sencillos (ejemplos: actividades inequívocamente criminales, conductas cuidadosamente premeditadas... o acusados con escasos recursos para afrontar su defensa), la irracionalidad queda disimulada⁴. Pero cuando –como ocurre aquí– no lo son, los tribunales se encuentran sometidos una insoportable tensión, que vuelve prácticamente imposible el objetivo de calificar la conducta como dolosa.

3. Me parece que el caso que comentamos es un ejemplo espléndido de esta dificultad que estoy señalando: ante la práctica inexistencia de pruebas concluyentes, el tribunal de instancia, pero sobre todo más tarde el de apelación, recurren a la técnica de utilizar indicios-tipo para motivar su valoración de la prueba y dar así por probado el dolo. Así, se argumenta: 1º) el elevado grado de probabilidad del resultado de lesiones causado por la conducta dada por probada del acusado; 2º) la expectativa de que cualquier persona razonable tiene que darse cuenta de la existencia de dicho peligro; 3º) con la conclusión de que, si esto es así, entonces el acusado «necesariamente tuvo que representarse la alta probabilidad de causar lesiones»; 4º) a lo que no cabría oponer la distinción entre conocimiento y aceptación (esto es, un concepto exigentemente volitivo de

³ Las dos formas habituales de intuicionismo en materia de dolo por parte de los tribunales de justicia son: a) basarse en un pretendido (y problemático: *vid.* TARUFFO, *Simplemente la verdad*, 2010, pp. 72-78; ANDERSON/SCHUM/TWINNING, *Análisis de la prueba*, 2015, pp. 329, 331-333) «sentido común» para definir el concepto y/o para aplicarlo al caso concreto; o b) basarse en la supuesta naturaleza «puramente normativa» del concepto de dolo para, en virtud del principio *Iura novit curia*, hacer su propia definición de dolo y aplicarla al caso, sin ajustarse a las pruebas (Como señala GONZÁLEZ LAGIER, «Buenas razones, malas intenciones», *Doxa*, [26], 2003, pp. 664-665, la prueba del nueve de una concepción adscriptivista fuerte en materia de dolo es si es capaz de defender la calificación de una conducta como dolosa incluso cuando haya pruebas claras acerca de los estados mentales del agente que indican lo contrario: así, por ejemplo, JAKOBS, «Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff», *Rechtswissenschaft*, 2010, pp. 306-308. En otro caso, se trata únicamente de rebajar el estándar probatorio en materia de dolo. De cualquier modo, lo cierto es que tanto una como otra consecuencia me parecen hartamente cuestionables).

⁴ No siempre para bien: la técnica argumentativa de los indicios-tipo para motivar los hechos probados en materia de dolo (*vid.* LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, 1999, pp. 132 ss.) no siempre satisface adecuadamente las exigencias derivadas de la presunción de inocencia, pues en realidad un indicio-tipo, por muy razonable que parezca, solamente proporciona un conocimiento de naturaleza inductiva acerca de la realidad: asegura que, en términos generales (es decir, con una probabilidad $P \geq 0,5$), cuando ocurre el indicio (la gravedad de la agresión, por ejemplo) es porque el acusado se halla en un estado mental que justifica la calificación de su conducta (por ejemplo, de tentativa de homicidio) como dolosa. Pero, como es sabido, el conocimiento inductivo es, por definición, necesariamente falible (un razonamiento inductivo proporciona buenas razones para realizar la inferencia, pero no plena validez a la misma –tan solo otorga un cierto grado de probabilidad a la conclusión obtenida: AUDI, *Epistemology. A Contemporary Introduction*, 3ª ed., 2011, p. 187), por lo que nunca se puede asegurar que el indicio sea concluyente para el caso concreto. Y hay ocasiones en las que la probabilidad es lo suficientemente baja como para que la calificación tenga más de presunción que de hecho suficientemente probado.

dolo), pues dicha distinción es puramente teórica, pero apenas se corresponde con la realidad; pues 5º) en todo caso, habría que entender que un autor que, debiendo ser consciente del elevado grado de peligro inherente a su comportamiento, actúa pese a todo, está revelando su completa indiferencia respecto de la eventual lesión del bien jurídico protegido (dolo eventual); y 6º) a mayor abundamiento, el «contexto» y la conducta anterior del acusado reforzarían la conclusión, pues su «carácter violento y colérico», la difícil relación con su pareja y expresiones proferidas en el pasado deseando la muerte del niño vendrían a «corroborar el absoluto desprecio del mismo hacia las graves lesiones que con su acción podía causar a su propio hijo».

Es fácil ver que todos los razonamientos expuestos parecen perfectamente razonables⁵. No obstante, es importante destacar el hecho de que se trata de razonamientos basados única y exclusivamente en el sentido común: «revelamos información sobre la mente del acusado de la misma manera, aproximadamente, que revelamos el contenido mental de las personas en cualquier otro lugar: nos basamos en la evidencia de lo que la persona dijo o hizo, e invitamos a un tercero (el jurado o el juez) a interpretar su comportamiento aproximadamente de la misma manera que interpretamos el comportamiento y las declaraciones de otros, y nos ofrecemos a ser interpretados, en tantos otros aspectos de la vida»⁶. Se trata, pues, de razonamientos esencialmente falibles⁷... que es lo que permite al Tribunal Supremo, en la sentencia de casación, estimar el recurso interpuesto, al entender que todo este conjunto de razonamientos, por muy razonables que parezcan, no permite dar por suficientemente probado el dolo conforme al estándar de prueba exigible.

4. A mi entender, la cuestión clave a la que debemos prestar atención es que, en realidad, no existe ninguna forma racional (es decir, que pueda justificarse en términos intersubjetivamente aceptables) de decidir cuál de las dos conclusiones opuestas (fundadas en dos estilos diferentes de valoración de la prueba) a las que, sobre un mismo caso y con las mismas pruebas, han llegado los tres tribunales⁸ que se han ocupado del caso es la más correcta. Al menos, no la hay si persistimos en la idea (y creo que hay buenas razones para hacerlo)⁹ de que calificar una conducta como dolosa es hacer una afirmación que ha de basarse en hechos de naturaleza psíquica, correspondientes a los procesos mentales del agente; es decir, si no tomamos la senda del decisionismo (un camino facilón, pero plagado de inconvenientes desde el punto de vista de la justicia de la imputación).

⁵ Acojo la definición de “lo razonable” en Derecho que propone ATIENZA, «Sobre lo razonable en el Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (27), 1989, pp. 93 ss.

⁶ YAFFE, «Mind-reading by Brain-reading and Criminal Responsibility», en PATTERSON/PARDO (eds.), *Philosophical Foundations of Law and Neuroscience*, 2016, p. 137.

⁷ En efecto, la capacidad para atribuir estados mentales a otros seres (humanos, principalmente) e interpretar sus conductas en función de ellos es una habilidad que la especie humana (entre otras) adquirió a lo largo de su evolución y que facilita la cooperación. No obstante, aunque su eficacia es indudable en términos estadísticos (en buena parte de las ocasiones acertamos con lo que el otro con quien interactuamos está pensando o pretende), también lo es que el número de casos de error es altísimo (como demuestra la cantidad de equívocos que se producen en las relaciones interpersonales y sociales): *vid.* NICHOLS/STICH, *Mindreading*, 2003, pp. 70-73. Por ello, su éxito como recurso evolutivo en las grandes cifras no permite inferir que, caso por caso, acierte en un número suficiente de veces como para ser capaz de superar el estándar probatorio exigible en el proceso penal.

⁸ Cuatro, si contamos también el voto particular que formulan dos magistrados del Tribunal Supremo a la sentencia de la sala, en esencia adhiriéndose a los argumentos de los tribunales de instancia y de apelación.

⁹ He expuesto mis razones para seguir defendiendo una concepción psicologista de dolo en PAREDES CASTAÑÓN, «Recensión a Armando Sánchez Málaga. Una teoría para la determinación del dolo, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2018», *InDret*, (1), 2019.

¿A qué se debe esta imposibilidad de decidir de manera suficientemente racional sobre la prueba de un hecho? Es evidente que la naturaleza de los hechos psíquicos resulta particularmente elusiva desde el punto de vista empírico, por no poder ser directamente percibidos a través de los sentidos¹⁰. Hoy, sin embargo, a la vista de los avances científicos y tecnológicos en el ámbito de la ciencia cognitiva, ya ha dejado de ser cierto que no tengamos acceso a los procesos mentales: ciertamente, hasta donde sabemos, incluso las mejores tecnologías de detección de procesos cerebrales no nos podrán proporcionar otra cosa que indicios sobre los procesos mentales¹¹; pero no me cabe duda alguna de que dichos indicios pueden aportar una información muy relevante para mejorar la calidad de las prácticas de prueba de los hechos psíquicos.

La condición para ello, sin embargo, es que previamente seamos capaces de formular el significado del concepto de dolo utilizando los términos propios de las teorías de la ciencia cognitiva¹². Pues solamente así, merced a la capacidad explicativa de dichas teorías, será posible correlacionar con un mayor grado de probabilidad (muy superior, en todo caso, a las inferencias de sentido común que fundamentan la atribución cotidiana de estados mentales) ocurrencias concretas de indicios de hechos psíquicos con una creencia inferencial justificada¹³ en la ocurrencia de dichos hechos.

Esto nos conduce justamente al núcleo del problema. Lo presento, primero, al hilo del caso que estamos comentando: ¿es realmente verosímil imaginar a ese padre descuidado reflexionando, a las cinco de la madrugada, acerca de las posibles consecuencias de agitar violentamente al bebé que no hace más que llorar desazonadamente y que le está volviendo loco? No es solo que –como admite el tribunal de instancia– resulte poco verosímil la hipótesis del dolo directo: es que incluso el modelo de lo que se supone, en la concepción dominante, que el agente debería haber pensado y considerado para haber obrado con dolo eventual (en la formulación menos exigente de todas de una concepción puramente cognitiva del dolo: «*si le trato así, podría hacerle daño*»)¹⁴ parece completamente alejado de las experiencias subjetivas reales de los agentes de carne y hueso. Y, desde luego, propone en todo caso una descripción de los hechos psíquicos que resulta prácticamente imposible de probar, si nos tomamos en serio la necesidad de un estándar de prueba exigente y no operamos sobre la base de presunciones.

Formulándolo ahora en términos generales: definir la base fáctica (psíquica) del dolo (de esa adscripción al agente de una determinada actitud psíquica, que se piensa que justifica el otorgamiento de una valoración negativa –desvalor subjetivo de la acción– y a la que

¹⁰ Expresándolo con mayor propiedad: aquellas percepciones que son posibles para el ser humano (directamente a través de sus sentidos, o bien mediante tecnologías diseñadas al efecto) de fenómenos relacionados con los hechos psíquicos son en todo caso meros indicios físicos de la existencia de dichos hechos; y no realizadores físicos de los mismos (YAFFE, en PATTERSON/PARDO (eds.), *Philosophical Foundations of Law and Neuroscience*, 2016, pp. 141-142). De este modo, por ejemplo, conocer ciertas expresiones faciales permite inferir la existencia de determinados procesos emocionales dentro de la mente. Pero la inferencia es meramente abductiva (inferencia a la mejor explicación), siempre falible.

¹¹ YAFFE, en PATTERSON/PARDO (eds.), *Philosophical Foundations of Law and Neuroscience*, 2016, pp. 146-147. Indicios que, dado el enorme dinamismo de la plasticidad cerebral, parece difícil imaginar que puedan acreditar el hecho mental por sí solos más allá de toda duda razonable.

¹² DENNO, «The Place for Neuroscience in Criminal Law», en PATTERSON/PARDO (eds.), *Philosophical Foundations of Law and Neuroscience*, 2016, pp. 80-81.

¹³ Vid. AUDI, *Epistemology*, 3ª ed., 2011, pp. 178-180.

¹⁴ Vid. SCHRÖDER, «Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs», *FS-Sauer*, 1949, pp. 224-226; SCHMIDHÄUSER, «Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit», *GA*, 1957, pp. 312-313; EL MISMO: «Der Begriff des bedingten Vorsatzes in der neuesten Rechtsprechung des BGH und in § 16 Komm. Entw. Allg. Teil 1958», *GA*, 1958, p. 179.

denominamos dolo)¹⁵ sobre la base de los términos conocimiento y/o voluntad (es decir, utilizar los términos de la psicología de sentido común) hace imposible la tarea de probar el dolo más allá de toda duda razonable. Y ello, porque ninguno de los términos describe adecuadamente los procesos psíquicos de un agente¹⁶. No, al menos, de la gran mayoría de las personas que actúan, que –salvo casos contados, en determinados contextos muy específicos¹⁷– no premeditan un plan detallado de todos y cada uno de los pasos que van a dar y de todas y cada una de las consecuencias previsibles de su comportamiento¹⁸. De hecho, un rastreo histórico de la procedencia de estos dos términos y de su consolidación dentro de la psicología de sentido común demuestra, primero, que su origen se halla en un momento (básicamente, el del desarrollo de la filosofía helenística –del estoicismo, principalmente– y su reelaboración por parte de la patrística cristiana)¹⁹ en el que los conocimientos acerca de la mente humana tenían un carácter claramente pre-científico, pues se fundaban exclusivamente en la observación cotidiana y en la introspección²⁰. Y, además, que nunca pretendieron servir para describir hechos psíquicos (en el

¹⁵ Aunque este no es el lugar para presentar una teoría completa del dolo, sí que conviene resaltar que: 1º) la calificación de una conducta como dolosa se basa, en las concepciones psicologistas del dolo, en una operación social de adscripción (con consecuencias jurídicas, sí, pero que no es jurídica en sí misma), en virtud de la cual el juzgador entiende razonable que la sociedad atribuya al agente una determinada actitud psíquica hacia su propia conducta objetivamente típica, y hacia la lesividad de la misma; 2º) una actitud psíquica es la categorización, dentro de la mente del agente, de un estímulo externo dentro de una dimensión evaluativa basada en –o generada a partir de– información cognitiva, información emocional e información relativa a comportamientos pasados o intenciones conductuales; 3º) en este caso, la actitud es una de indiferencia o de hostilidad hacia el bien jurídico jurídico-penalmente protegido; 4º) dicha actitud (una propiedad disposicional de la mente del agente, que se manifiesta luego –tendencialmente al menos– en cierto tipo de conductas –peligrosas o lesivas para el bien jurídico) es lo que justifica que se predique un especial merecimiento de pena de dicho agente, debido al extraordinario impacto comunicativo de dicha actitud del infractor sobre la sociedad que observa; 5º) en todo caso, la adscripción, para poder justificar la consecuencia valorativa (desvalor subjetivo de la acción, mayor merecimiento de pena y, muchas veces, también mayor necesidad de prevención), tiene que basarse en buenas razones, no en meros prejuicios o en decisiones intuitivas o arbitrarias, lo que significa que solamente una adscripción fundada en un conocimiento plausible acerca de los procesos psíquicos del agente resulta aceptable; y 6º) más concretamente, no basta con caracterizar la mente del agente como propensa a impulsar la lesión del bien jurídico (propiedad psíquica disposicional), sino que es necesario que se pueda demostrar que de hecho estaba impulsando efectivamente (propiedad psíquica categórica) una conducta dirigida a dicho fin.

¹⁶ Vid. mi análisis detallado de esta tesis en PAREDES CASTAÑÓN, «Dolo y psicología de sentido común», *LH-Luzón Peña*, v. I, 2020, pp. 875 ss.

¹⁷ Pienso principalmente en dos situaciones: 1ª) en el caso de delitos de mera actividad, supuestos en los que la conducta es inequívocamente criminal (ej.: falsificar moneda), por lo que, salvo que concurra un (infrecuente) error de tipo, el autor que actúa intencionalmente tiene que tener dolo; y 2ª) en el caso de los delitos de resultado, algunos pocos supuestos –que tampoco son la mayoría– de delincuencia organizada (económica, terrorista, etc.), en los que la organización planifica detalladamente, incluso formulando los planes de manera verbal y expresa, los pasos de cada uno de sus miembros y las consecuencias (costes y beneficios) de sus acciones. Sin embargo, al lado de estos dos grupos de casos hay otros dos, al menos igual de frecuentes, o quizá más, en los que las cosas son más complicadas: 1º) en los delitos de mera actividad, hay muchas conductas que en principio resultan lo suficientemente ambivalentes como para que no tenga por qué resultar clara *ab initio* su tipicidad (ej.: muchos casos de falsedades documentales ideológicas); y 2º) en el caso de los delitos de resultado, la evidencia criminológica demuestra que la mayor parte de los intervinientes (aún más los meros partícipes, pero también muchos de los autores) deciden y actúan en condiciones de racionalidad limitada (por razón de las limitaciones tanto en la información disponible sobre la situación, las alternativas de actuación y sus previsibles consecuencias, como de la capacidad de procesamiento de dicha información, por limitaciones cognitivas o por falta de tiempo: GIGERENZER, «What Is Bounded Rationality?», en VIALE [ed.]: *Routledge Handbook of Bounded Rationality*, 2021, pp. 58-60), por lo que resulta difícil imputarles justificadamente conocimiento en el sentido fuerte (epistémico) del término, y más aún probarlo.

¹⁸ Vid. HASSIN/AARTS *et al.*, «Nonconscious Goal Pursuit and the Effortful Control of Behavior», en MORSELLA/BARGH/GOLLWITZER (eds.), *Oxford Handbook of Human Action*, 2009, pp. 549 ss.

¹⁹ Vid. DIHLE, *The Theory of Will in Classical Antiquity*, 1982, pp. 123 ss.; KARAMANOLIS, *The Philosophy of Ancient Christianity*, 2ª ed., 2021, pp. 135-138.

²⁰ LEAHEY, *Historia de la Psicología*, 7ª ed., 2013, p. 42.

sentido moderno, científico, de hecho: estado posible del mundo que es verdadero²¹ –y que sabemos que lo es porque una teoría suficientemente acreditada y no falsada, a la vista de los datos empíricos disponibles, justifica la creencia en la correspondencia entre el enunciado que expresa su ocurrencia y la realidad externa²², aquí, mental–), sino que, por el contrario, tenían otra finalidad, de naturaleza normativa: reestructurar la experiencia psíquica del agente, para someterla a un juicio moral (religioso) emitido por la iglesia (cristiana)²³. Así, en su origen en la teología moral cristiana (y en su práctica litúrgica y pastoral, especialmente dentro del sacramento de la penitencia), el diálogo entre el fiel cristiano y su confesor era lo que convertía la (en principio, no verbalizada) experiencia psíquica de aquel, *una vez reelaborada conceptualmente y formulada verbalmente*, en el objeto de la valoración moral (teológicamente justificable –lo cual, en la religión cristiana, equivale a racionalmente justificable) por parte de este²⁴.

5. Si todo esto es así: si no hay modo de hacer corresponder, de un modo racionalmente comprobable, los procesos psíquicos de un agente normal con las categorías conceptuales de la psicología de sentido común, porque en realidad estas son bien un puro ejercicio de abducción sin base científica y, por consiguiente, esencialmente falibles (como ocurre en nuestras prácticas cotidianas de atribución de estados mentales), o bien una reconstrucción *a posteriori*, con fines predominantemente valorativos, de dichos procesos. Entonces, creo que hay que reconocer paladinamente que el rey está desnudo y aceptar que tenemos cambiar²⁵.

¿Cambiar qué? A mi entender, dos cosas. Lo primero son los términos que utilizamos en la definición de los hechos psíquicos que han de constituir la base fáctica de la calificación de una conducta como dolosa. Es decir, debemos modificar la ontología (de hechos psíquicos) con la que nos manejamos. Empleo aquí el concepto en el sentido no esencialista, sino instrumental, en el que se habla de ontología en la filosofía contemporánea: la ontología de una teoría es el conjunto de entidades a las que los términos de esta han de estar refiriéndose, para que los enunciados que la forman puedan ser verdaderos²⁶. En nuestro caso, deberíamos pasar de una ontología de

²¹ DODD, «Events, Facts and States of Affairs», en LE POIDEVIN/SIMONS *et al.* (eds.), *The Routledge Companion to Metaphysics*, 2009, p. 330.

²² AUDI, *Epistemology*, 3ª ed., 2011, p. 291.

²³ Su formulación más depurada puede encontrarse en SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, 1, quæst. 79, 82, 85 (tomo I, 3ª ed., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1998, pp. 721 ss., 746 ss., 773 ss.)

²⁴ Esta práctica de reconstrucción estaba guiada y regulada en este aspecto por lo establecido en los libros penitenciales: GARCÍA IBÁÑEZ, *Conversión y reconciliación. Tratado histórico-teológico sobre la penitencia posbautismal*, 2024, pp. 150-153. Obsérvese que, contemplada con ojos de procesalista, la práctica del sacramento de la penitencia es un ejemplo paradigmático de proceso inquisitivo (NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal III. Proceso Penal*, 4ª ed., 2025, p. 22), en el que el “acusado” (el fiel que se confiesa) tiene el deber de decir la verdad y de colaborar con su juzgador en el esclarecimiento de lo sucedido (en su mente). Muy diferente, pues, de lo que ocurre en el proceso penal acusatorio de un Estado de Derecho, con derecho de defensa y presunción de inocencia. No es casual, por ello, que las técnicas de averiguación del desvalor subjetivo de la acción inventadas para aquella práctica no sean realmente útiles en este.

²⁵ Cambiar, porque ninguna de las alternativas al cambio que reclamo me parecen deseables: aceptar una impunidad generalizada de muchas conductas intencionadas, pero difíciles de comprobar; rebajar el estándar probatorio; renunciar al anclaje del desvalor subjetivo de la acción en hechos psíquicos; o seguir con prácticas probatorias en materia de dolo que parecen más ejercicios de adivinación que la conducta racional que se debe esperar del órgano juzgador de un Estado de Derecho (PAREDES CASTAÑÓN, «Problemas metodológicos en la prueba del dolo», *AFD*, [18], 2001, pp. 90-91).

²⁶ QUINE, *Desde un punto de vista lógico*, 2ª ed., 2002, p. 53. En este sentido, pues, argumentar sobre la existencia de una determinada entidad consiste en partir del hecho de que existan enunciados dentro de la teoría en los que la expresión que hace referencia a dicha entidad aparece en el rol sintáctico de término singular (que, de acuerdo

«estados mentales» caracterizados por la psicología de sentido común (conocimiento, voluntad, aceptación, indiferencia) a otra de hechos psíquicos identificados –y explicados– por las teorías de la ciencia cognitiva.

Apunto solamente los elementos clave de dicha ontología:

— Frente al lenguaje dualista propio de la psicología de sentido común, en el que aparece siempre una distinción entre la mente que decide y el cuerpo que actúa (ej.: «*La decisión de S_1 de vengarse causó su conducta de golpear a S_2* »), lo que la ciencia cognitiva muestra es un continuo de formas diferentes de aparición de la conducta humana guiada por la mente, sin solución de continuidad, desde el acto reflejo hasta la conducta voluntaria en el sentido más fuerte (premeditada, planificada), que se pueden y deben graduar en atención a su grado de indeterminación o, por el contrario, de predeterminación. Esto significa, en definitiva, que existen muchas formas de aparición de la conducta que no son ni plenamente «voluntarias» ni totalmente «involuntarias»²⁷.

— Desde un punto de vista filosófico, es obvio que una acción puede ser identificada y descrita de muy distintas formas (dependiendo de la intención que se le adscriba, es decir, en virtud de la cual se la interprete)²⁸. La cuestión es que esas distintas formas de identificación/ descripción de acciones las aplican, de hecho, los agentes a sus propias acciones: a veces las identifican desde una perspectiva amplia, atribuyéndoles un significado («*me voy a la universidad*»); otras veces las identifican desde una perspectiva extremadamente física («*estoy levantando y agitando el brazo*»); y otras, en fin, adoptan una –de entre varias posibles– perspectivas intermedias («*estoy llamando a un taxi*»). Además, no es infrecuente que, por razones situacionales, pasen de una a otra forma de identificación. La cuestión, claro está, es que ello significa que no siempre que un agente lleva a cabo una conducta con un significado inequívoco, ello resulta evidente para él. Resulta preciso, pues, profundizar en el conocimiento que nos proporciona la Psicología de la acción para determinar cuándo resulta plausible que un agente otorgue todo su significado a la acción que está realizando y cuándo, por el contrario, no²⁹.

— Frente al cuadro más simple que presenta la psicología de sentido común, en realidad los seres humanos poseemos dos sistemas diferentes de motivación cuya activación puede conducir a la realización de una conducta: el primer sistema es el de los motivos implícitos (espontáneos), producidos tanto genéticamente como por los momentos iniciales del desarrollo psicológico del individuo, que busca la satisfacción emocional en la mera realización de la conducta; el segundo es el de los motivos auto-atribuidos, que la mente del agente va elaborando mediante un esfuerzo cognitivo (a lo largo de su proceso de socialización y desarrollo psicológico) y que hace que el individuo quede condicionado para marcarse explícitamente cierto tipo de objetivos, diferentes de la conducta misma (pero que esta intentaría lograr), considerados socialmente (en particular, en su entorno más próximo) como valiosos. A veces los motivos implícitos y los auto-atribuidos se combinan para facilitar la realización de una tarea, pero en otras ocasiones entran en conflicto. Por ello, la explicación de la conducta humana en términos de procesos cognitivos racionales (que fijan planes, objetivos, medios para lograrlos, etc.) parece adecuada para hacer referencia a

con la teoría de la lógica de predicados, va referido a un objeto) y sobre el que la teoría cuantifica: THOMASSON, *Ontology Made Easy*, 2015, pp. 127 ss.

²⁷ HAGGARD, «Human volition: towards a neuroscience of will», *Nature Reviews Neuroscience*, (9), 2008, p. 934.

²⁸ PAUL, *Philosophy of Action. A Contemporary Introduction*, 2021, pp. 46-48.

²⁹ Vid. VALLACHER/KAUFMAN, «Dynamics of Action Identification», en GOLLWITZER/BARGH (eds.), *The Psychology of Action*, 1996, pp. 261-262.

los procesos motivacionales a través de motivos auto-atribuidos. Pero no, en cambio, para los casos en los que en el proceso motivacional predominan los motivos implícitos³⁰: en este supuesto, son más importantes los rasgos de personalidad que tienen que ver con el grado de intensidad que pueda llegar a alcanzar la activación de dichos motivos, que está condicionado principalmente por las diferencias individuales en capacidad de autorregulación emocional³¹. Esta distinción parece de la mayor importancia, pues pone en cuestión el modelo de la decisión puramente racional que predomina en la psicología de sentido común (y en la forma habitual de dar por probado el dolo), que no siempre se corresponde con la forma en la que se decide delinquir.

— Por último, los procesos psíquicos que pueden dar lugar a la realización de conductas son en todo caso procesos multicausales, dinámicos y sujetos a constantes cursos de autorregulación y de retroalimentación³². Quiere ello decir que, salvo en los casos límite (el de los actos reflejos y similares, apenas sin interés para el Derecho Penal), son abundantes los «avances» y «retrocesos» en el proceso de formación (o deformación, o paralización...) de una intención de actuar, dependiendo de si se activan o no (y con qué intensidad, y durante cuánto tiempo) la memoria semántica, el sistema motivacional y/o el sistema de control y ejecución de conductas³³. Nada hay, pues, de mecánico en el proceso, no existe un Rubicón cuyo cruce haga ineluctable la acción (o una determinada clase de acción), contra lo que la forma usual de razonar en este ámbito erróneamente supone.

6. En definitiva, lo que la ciencia cognitiva nos dice acerca de la acción humana es que los procesos psíquicos que la producen son diversos y complejos. Mucho más diversos y complejos que lo que la concepción tradicional del dolo y de sus medios de prueba reconoce. Debido a ello, la segunda cosa que necesita cambiar en este aspecto es el tipo de máximas de experiencia que es razonable utilizar en la valoración de la prueba del dolo. Por supuesto, hay algunas de las que hoy se suelen emplear cuyo uso está plenamente justificado: así ocurre, como he indicado antes, en el caso de conductas con un significado inequívocamente criminal, en el caso de conductas delictivas perfectamente premeditadas y planificadas, o cuando los indicios externos de la intención son completamente claros (confesiones o testigos creíbles, grabaciones de la declaración de intenciones del acusado, etc.). Pero, fuera de estos «casos fáciles», para el resto necesitamos otro tipo de máximas de experiencia, que sean capaces de motivar la valoración de la prueba conforme a las exigencias del estándar probatorio que debe regir en el proceso penal. Esto, en suma, quiere decir que necesitamos máximas de experiencia que no se basen en el sentido común, sino en las leyes y teorías de la ciencia cognitiva: que no hablen de conocimientos y de voluntad, sino que, cuando menos, hablen de sistemas motivacionales, de rasgos de personalidad, de aprendizaje, de percepción situada, de cognición probabilística, de factores situacionales, de procesos de autorregulación, de procesos dinámicos, de estados emocionales,... (es decir, que empleen la ontología propia de las teorías psicológicas); si no –en el mejor de los casos, aunque ciertamente hoy por hoy improbable– de patrones de activación neuronal (es

³⁰ MCCLELLAND/KOESTNER/WEINBERGER, «How do self-attributed and implicit motives differ?», *Psychological Review*, (96), 1989, pp. 691-698.

³¹ ENGLISH/ELDESOUKI/GROSS, «Emotion Regulation. Basic Processes and Individual Differences», en JOHN/ROBBINS (eds.), *Handbook of Personality. Theory and Research*, 4ª ed., 2021, pp. 526 ss.

³² CARVER/SCHEIER, «Action, Affect, and Two-Mode Models of Functioning», en MORSELLA/BARGH/GOLLWITZER (eds.), *Oxford Handbook of Human Action*, 2009, pp. 298 ss.

³³ KÜHL, «Action Control: The Maintenance of Motivational States», en HALISCH/EL MISMO (eds.), *Motivation, Intention, and Volition*, 1987, pp. 281-285.

decir, la ontología de la neurociencia en un nivel subpersonal)³⁴. Que, a partir del conocimiento científico disponible (del que más arriba he sintetizado algunas de los más importantes resultados), distingan y categoricen diferentes grupos de casos (por tipo de delito, por tipo de delincuente, etc.) y permitan justificar racionalmente (y no de modo meramente intuitivo, más o menos razonable, sino mediante una inferencia a la mejor explicación³⁵ que esté basada en máximas de experiencia con una base científica, no meramente de sentido común)³⁶ la decisión probatoria en materia de dolo. Una enorme tarea, desde luego, prácticamente sin hacer.

7. Acabo ya. Si alguien me pregunta acerca de mi opinión sobre el caso de zarandeo de bebés que ha dado pie a este artículo, habré de decir que, a la vista de las pruebas disponibles y de las limitaciones del razonamiento probatorio en el que pretendía basarse la calificación de la conducta como dolosa, he de darle la razón al Tribunal Supremo cuando estimó que ni las pruebas ni el razonamiento eran capaces de cumplir con las exigencias derivadas del estándar de prueba propio del proceso penal³⁷. Ahora bien, no se me oculta que, en realidad, esto significa que, mientras no transformemos la forma de probar el dolo (las pruebas que se consideran relevantes y la manera de razonar la valoración que merecen), se abre una notoria vía de impunidad, pues, en virtud de la aplicación del principio *In dubio pro reo* (entendido como regla de decisión probatoria)³⁸, excepto en aquellos que he calificado de «casos fáciles», en todos los demás habrá que concluir prácticamente siempre que no se puede dar por probado el dolo y calificar la conducta como meramente imprudente (penada, en el mejor de los casos, con una pena mucho más baja, cuando no directamente atípica). Solución que en muchas ocasiones resulta claramente indeseable desde el punto de vista político-criminal, pues no se corresponde adecuadamente ni con el verdadero merecimiento de pena de la conducta, ni tampoco muchas veces con las necesidades de prevención.

Precisamente por ello es por lo que mi conclusión general, más allá del caso concreto, es una propuesta revisionista. De acuerdo con Vargas, «*el revisionismo en la teoría de la responsabilidad moral es, en términos generales, la idea de que algún aspecto de nuestras prácticas, actitudes o conceptos de responsabilidad necesita revisión*». Pues detectamos que existe una diferencia significativa entre la forma en la que solemos aplicar dicha teoría y la manera en que pensamos que se debería hacer³⁹. Esto significa que: 1º) no debemos renunciar a dichas prácticas de atribución de responsabilidad, puesto que resultan valiosas (tanto desde el punto de vista moral como desde el instrumental); pero 2º) en cambio, sí que debemos (para que el proceso de atribución de responsabilidad sea más justificable racionalmente) modificar tanto el contenido

³⁴ Vid. BERMÚDEZ, *Philosophy of Psychology. A Contemporary Introduction*, 2005, pp. 17-35.

³⁵ Vid. HARMAN, «The Inference to the Best Explanation», *The Philosophical Review*, (74), 1965, pp. 88 ss.

³⁶ TARUFFO, *Hacia la decisión justa*, 2020, pp. 364-370, 378-379.

³⁷ Una buena elaboración conceptual del contenido concreto que conviene atribuir a la regla de decisión probatoria «*Más allá de toda duda razonable*» puede hallarse en ACCATINO, «Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (37), 2011, pp. 503-507; TARUFFO, *Hacia la decisión justa*, 2020, pp. 215-217, 224-225; ROBERTS, *Roberts & Zuckerman's Criminal Evidence*, 3ª ed., 2022, pp. 280-288. A tenor de la misma, nadie debería poder ser condenado por delito si las pruebas disponibles justifican alguna duda que sea capaz de bloquear la inferencia probatoria razonable de la hipótesis de la acusación. Ello ocurrirá en el caso de que los defectos de las pruebas disponibles para avalar dicha hipótesis hagan que estas no logren eliminar o refutar alguna hipótesis fáctica alternativa plausible y compatible con la inocencia del acusado.

³⁸ HILGENDORF, «Grundlagen der Beweiswürdigung und der Grundsatz in dubio pro reo», en EL MISMO/KUDLICH/VALERIUS, *Handbuch des Strafrechts*, t. 8, 2022, pp. 1524-1525.

³⁹ VARGAS, «The Revisionist's Guide to Responsibility», *Philosophical Studies*, (125), 2005, pp. 399, 402.

de algunos de los criterios de atribución como los métodos que utilizamos para aplicarlos. Justamente eso, una revisión de nuestra teoría del dolo y de su prueba, a la luz de los avances científicos y de las exigencias derivadas de la presunción de inocencia, es lo que estoy reclamando.

8. Tras finalizar la redacción de mi comentario, leo los de mis otros tres colegas y observo que, en el fondo, los cuatro coincidimos en que la solución más correcta para el caso concreto es la calificación de la conducta como lesiones imprudentes. Los cuatro, en efecto, consideramos que, a la vista de las pruebas disponibles, no era posible una valoración racional de las mismas que permitiese llegar a la conclusión de que el acusado, Benigno, había obrado con dolo de una manera suficientemente plausible; esto es, más allá de toda duda razonable. Observo también que esta coincidencia obedece principalmente al hecho de que los cuatro nos tomamos muy en serio el respeto al estándar de prueba exigible en el proceso penal: en virtud del mismo, a todos nos parece que la motivación de la calificación dolosa por parte de los tribunales de instancia y de apelación era claramente insuficiente⁴⁰; por lo que le damos la razón al Tribunal Supremo en cuanto al fallo con el que resolvió el recurso de casación.

Es decir, en realidad nuestras coincidencias no son tantas como en principio pudiera parecer, pues no alcanzan a nuestra forma de concebir el dolo desde el punto de vista sustantivo. A este respecto, destacaré únicamente mis principales dudas acerca de los argumentos traídos a colación por mis compañeros de comentario:

8.1. Dudo mucho de que sea posible extraer –como hace Gabriel PÉREZ BARBERÁ– un concepto de dolo (en concreto, la concepción del dolo como representación de la concreta posibilidad de causación del resultado) del contenido del art. 14 del Código Penal español, que regula los supuestos de error. En particular, lo que dice el art. 14.1 es que «*el error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal*» excluye la calificación de la conducta como dolosa. Es decir, si por error entendemos –como es usual– la creencia en una proposición que sea falsa, lo que nos dice el precepto es que sin «conocimiento» (entendido en su sentido vulgar, no filosófico: como la creencia en proposiciones que sean verdaderas) referido a tales hechos no cabe dicha calificación. O, en otros términos, que el «conocimiento» es condición necesaria para el dolo. Pero en ningún lugar se dice que sea una condición suficiente. De hecho, hay cientos de pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales precisamente en sentido contrario. Como ocurre con tantos conceptos dogmáticos de la teoría del delito, también aquí la ley prácticamente se limita a fijar ciertos límites a los intérpretes, pero no les proporciona (y creo que es bueno que no lo haga) una definición completa: existiendo como existe una larga tradición teórica sobre la cuestión, y pareciendo claro que los legisladores españoles no poseían ninguna convicción fuerte sobre el

⁴⁰ En concreto, Mercedes PÉREZ MANZANO señala explícitamente que la valoración probatoria por parte de ambos tribunales es una «atribución» que no está basada en máximas de experiencia confiables respecto de los procesos psíquicos del autor, por lo que incurre en el vicio que en mi artículo he denominado decisionismo. Asimismo, tanto ella como Mauro ROCCASALVO destacan –con razón– que en la formulación del concepto sustantivo de dolo de ambos tribunales (y, añadiría yo, también en la del Tribunal Supremo) el aspecto volitivo de la conducta queda de hecho marginado, como una suerte de epifenómeno automáticamente derivado del conocimiento del riesgo. Desarrollándose así una cadena de razonamientos (1º) si tu conducta es muy peligrosa, entonces tienes razonablemente que saberlo → 2º) si tendrías razonablemente que saberlo, entonces cabe inferir que lo conoces → 3º) si lo conoces y actúas, entonces lo aceptas → 4º) si lo conoces y lo aceptas, entonces actúas dolosamente) que acaba en la calificación de la conducta como dolosa sin una base probatoria adecuada (Obsérvese que lo que hace el Tribunal Supremo es poner en cuestión la validez del primero y del segundo de estos razonamientos, pero no del tercero, ni del cuarto).

particular, dejar la elaboración completa del concepto a doctrina y jurisprudencia ha parecido siempre la mejor alternativa.

8.2. Aunque en mi idea de dolo coincido sustancialmente con Mercedes PÉREZ MANZANO (hechos psíquicos, obligación de probarlos más allá de toda duda razonable, necesidad de tomar en consideración tanto los aspectos cognitivos como los motivacionales, el dolo como adscripción de actitud hacia el bien jurídico)⁴¹, ¿verdaderamente cabe pensar que, en casos como el que comentamos, sea posible hablar con propiedad de «*decisión en contra del bien jurídico*» o de «*tomar posición*» respecto de la lesión del bien jurídico? Como indica acertadamente Mauro ROCCASALVO (y yo he intentado argumentar también), si no estamos hablando en metáforas (lo cual resultaría peligroso cuando tratamos de justificar la atribución de responsabilidad), resulta inverosímil pensar que tales conceptos se correspondan con hechos psíquicos individualizados e identificables en el caso de los actos impulsivos; y, añadido yo, también en otros muchos (esos que en mi artículo denomino casos difíciles). Justamente esta es la razón por la que reivindico distinguir, en la teoría del dolo, entre tres niveles: el nivel de la imputación (adscripción social), en el que atribuimos sentido (valorativamente relevante) a los hechos psíquicos; el nivel de los hechos psíquicos (en el que hemos de prescindir de categorías como conocimiento y voluntad y recurrir a los conceptos propios de la ciencia cognitiva); y el nivel de la prueba de dichos hechos, recurriendo a máximas de experiencia basadas, en la medida de lo posible, en el conocimiento científico. En el primer nivel, podemos llegar a atribuir a ciertos hechos psíquicos el significado de «*decisiones en contra del bien jurídico*». Pero, para llegar a ello, necesitamos primero determinar qué clase de hechos psíquicos permitirían dicha atribución (y cómo es posible probarlos suficientemente), pues en buena parte de las ocasiones no existe ninguno que se pueda ser descrito fielmente como tal decisión.

8.3. Hasta aquí, mis dudas y discrepancias de detalle. En cambio, creo que mi discrepancia de fondo es mucho mayor en relación con las concepciones del dolo que vienen a defender ROCCASALVO y PÉREZ BARBERÁ. El primero parece adherirse a «*aquellas propuestas que, sin renunciar a un determinado estándar psíquico, hacen depender el mayor castigo de la cualidad del peligro generado por la conducta*». Remitiéndose expresamente para ello a las posiciones defendidas en este sentido en la doctrina alemana por Ingeborg PUPPE y Rolf Dietrich HERZBERG. Muchas son las críticas que se han realizado a estas concepciones objetivistas del dolo⁴². De entre ellas, destacaré la que me parece esencial: tomadas realmente en serio y aplicadas coherentemente, estas concepciones son lo que mi artículo he denominado concepciones adscriptivistas fuertes; es decir, teorías que permiten prescindir de la realidad de los hechos psíquicos, aun en el caso de que estos estén disponibles y comprobados, si contradicen las valoraciones acerca de la naturaleza de la peligrosidad inherente a la conducta realizada. Si esto es así, lo que se está proponiendo en el fondo es prescindir en tales casos del desvalor subjetivo de la acción como factor relevante para el merecimiento y/o para la necesidad de pena. Y si, por el contrario, se acepta tomarlos en consideración cuando puedan comprobarse, y fiarse de la peligrosidad de la acción cuando no lo estén, entonces se trata simplemente de rebajar el estándar probatorio para el elemento típico dolo. Ninguna de ambas consecuencias me parece convincente.

⁴¹ PÉREZ MANZANO, «Prueba y subsunción en el dolo: una cuestión de garantías constitucionales», *LH-Mir Puig*, 2017, pp. 355 ss.; LA MISMA: «El fundamento de la pena del delito doloso», *LH-Huerta Tocildo*, 2020, pp. 533 ss.

⁴² *Vid.*, por todos, ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5ª ed., 2020, pp. 558-559, 564-565, con ulteriores referencias.

8.4. La posición de PÉREZ BARBERÁ (muy desarrollada en varios de sus trabajos) resulta más compleja y matizada. Concuerdo con él (o, al menos, eso creo) en la distinción entre varios niveles de análisis diferenciados en la teoría del dolo: valoración/adscripción/hechos/prueba de los hechos⁴⁵. Asimismo, creo que, con ciertos matices, me parecen aceptables los dos criterios que sostiene que deben guiar la graduación del desvalor subjetivo de la acción: de una parte, el impacto comunicativo de la conducta objetivamente típica sobre las expectativas normativas de la sociedad acerca de la conducta; impacto que debe valorarse en atención al mayor o menor grado de control de la mente del agente sobre la realidad con la que pretende interactuar⁴⁴.

No estoy seguro, sin embargo, de que realmente compartamos tanto. Primero, porque, desde mi punto de vista, la razón por la que el impacto comunicativo de la conducta sobre la sociedad (sobre la víctima, sobre su entorno social... sobre el conjunto de la sociedad que observa) determina el desvalor subjetivo de la acción no tiene que ver –como PÉREZ BARBERÁ argumenta en su comentario– con justicia distributiva en la asignación de la responsabilidad (es decir, con razones morales), sino más bien con la diferencia (tanto cuantitativa, en intensidad, como cualitativa, en significación) en el tipo de actitudes reactivas⁴⁵ que los distintos grados de control mental del agente sobre su conducta provocan en los ciudadanos⁴⁶. Para mí, por consiguiente, este aspecto del merecimiento de pena (que forma parte de lo que he denominado grado de antinormatividad de la conducta)⁴⁷ depende principalmente del tipo e intensidad de las emociones morales producidas⁴⁸; y, en definitiva, de la necesidad de dar satisfacción al sentimiento comunitario de justicia⁴⁹. Con hechos sociales (cargados de contenidos morales, es cierto), pues, no con razones morales propiamente dichas.

⁴⁵ Vid. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 637 ss. Como certeramente indica PÉREZ BARBERÁ en su comentario, en realidad la distinción entre concepciones «psicológicas» y concepciones «normativas» del dolo es confusa, pues parecería que, por definición, toda concepción del dolo ha de ser normativa en alguna medida (puesto que incluso el más psicologista de nosotros ha de justificar por qué ciertos hechos psíquicos pueden fundamentar el desvalor de la acción); y también, de algún modo, psicológica (puesto que si se prescinde por completo de todo lo que ocurre en la mente del agente, entonces ya no estaríamos hablando de dolo, en ningún sentido inteligible del término, sino de alguna otra razón diferente para desvalorar la conducta). De manera que, en realidad, las diferencias entre unas concepciones y otras pueden proceder de las diferentes justificaciones normativas que se proponen para fundamentar el juicio de desvalor. Pero también –añado yo– de las diferentes clases de hechos que se considera necesario establecer para que la operación de adscripción que da lugar a dicho juicio resulte razonable.

⁴⁴ PÉREZ BARBERÁ, «Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental», *Pensar en Derecho*, (1-1), 2012, pp. 186-187.

⁴⁵ La idea de actitudes reactivas de la sociedad frente a la conducta infractora procede de STRAWSON, *Libertad y resentimiento*, 1995, pp. 41 ss. Vid. un estudio detallado del concepto y su aplicación a la teoría de la responsabilidad en WALLACE, *Responsibility and the Moral Sentiments*, 1994, pp. 18 ss.

⁴⁶ La evidencia empírica de la capital importancia que el grado de control mental sobre la conducta posee para su valoración es abrumadora (al menos, en la cultura occidental): vid., por todos, CUSIMANO/GOODWIN, «Mental State Control and Responsibility», en NADELHOFFER/MONROE (eds.), *Advances in Experimental Philosophy of Free Will and Responsibility*, 2022, pp. 46-48, con ulteriores referencias.

⁴⁷ PAREDES CASTAÑÓN, «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho Penal económico: bases político-criminales», *RDPC*, (11), 2003, p. 146.

⁴⁸ Concretamente, de aquellas emociones morales que valoran moralmente la conducta ajena: desprecio, indignación y disgusto (HAIDT, «The Moral Emotions», en DAVIDSON/SCHERER/GOLDSMITH (eds.), *Handbook of Affective Sciences*, 2003, pp. 855-859).

⁴⁹ PAREDES CASTAÑÓN, «Recensión a Daniel Rodríguez Horcajo: Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad, Marcial Pons, Madrid, 2016, 350 págs.», *RDPC*, (21), 2019, pp. 382-384. Por supuesto, atender a dicha demanda social de justicia no implica (al menos, no necesariamente) seguirla siempre, en cualquier caso, sin ulterior análisis crítico. Antes al contrario, es evidente que hay muy buenas razones (principalmente políticas, derivadas del deber del Estado de justificar las valoraciones jurídico-penales no solo frente a la sociedad, sino también frente al acusado: HÖRNLE, «Straftheorien», en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS

Pero, sobre todo, creo que nuestra discrepancia es mayor en lo que respecta al criterio de cuantificación de ese impacto social. Porque para PÉREZ BARBERÁ lo decisivo, lo único importante, parece ser el grado de dominio epistémico del agente sobre el entorno con el que interactúa: como gráficamente dice, «*es justo (y por tanto moralmente correcto) que quien puede más deba más, o deba responder con más*»; y ese poder de acción depende principalmente de las representaciones del agente (de la información de la que dispone y de su capacidad para procesarla racionalmente). En cambio, como, en mi opinión, esta parte del merecimiento de pena, vinculada al grado de antinormatividad de la conducta, no viene determinada por el grado de peligrosidad o de evitabilidad de esta⁵⁰, sino por las emociones reactivas que produce en la sociedad cuyas expectativas ha defraudado, creo que, además de los aspectos cognitivos de los procesos psíquicos del agente, también sus aspectos motivacionales y emocionales resultan relevantes. Pues todos ellos contribuyen a que la sociedad observe la conducta como (más o menos) controlada mentalmente; y, consiguientemente, como (más o menos) merecedora de reproche⁵¹. Así, por ejemplo, no me cabe duda de que las reacciones morales de la ciudadanía frente a Benigno –el acusado de nuestro caso– no dependen tan solo de su grado de conocimiento sobre el riesgo, sino también de otros elementos presentes en su proceso psíquico: que no son las mismas si se prueba simplemente que era consciente de que podía hacer daño al bebé con su zarandeo que si se hubiese llegado a probar que, antes de irse la madre a la cama, le había dicho (de manera creíble) «*No te preocupes que, de una manera o de otro, este niño va a dejar de darnos la noche. ¡Le hago callar, aunque sea a golpes!*». Idéntico conocimiento, pero diferente motivación y distintas emociones.

Mi tercera discrepancia con PÉREZ BARBERÁ estriba en el modo en el que ambos escalonamos el grado de merecimiento de pena en atención al desvalor subjetivo de la acción. Como ya he dicho, a mí me parece que en este aspecto lo decisivo es la reacción social frente al grado de control mental del agente sobre su conducta. Precisamente por ello, creo que es inadecuado (es decir, valorativamente injustificable) equiparar el merecimiento de conductas objetivamente idénticas,

(eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. 1, 2019, p. 520) para reivindicar la sujeción de dicha demanda y de dicho sentimiento a una crítica racional, que fuerce a graduar el juicio de merecimiento de pena en función de hechos reales (aquí, de hechos psíquicos) y de no de irracionales sentimientos vindicativos, de temor, de inseguridad, etc. Pero, en todo caso, a partir de esa base sólida de hechos las valoraciones acerca del grado de antinormatividad de la conducta han de corresponderse con la forma que adopte el procesamiento cognitivo social (vid. FISKE/TAYLOR, *Social Cognition*, 4ª ed., 2021, pp. 287 ss.) de dichos hechos. En un ejemplo: si la conducta con dolo directo puede ser valorada en principio como peor que la conducta con dolo eventual, ello obedece ante todo a la manera en que la sociedad procesa, categoriza y valora la actitud que se infiere que el autor ha adoptado hacia la lesividad de su conducta en uno y otro caso.

⁵⁰ Ambos factores afectan más bien al otro aspecto del merecimiento de pena, el de la lesividad (PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, [11], 2003, p. 146). Aunque no sea cierto necesariamente en cada caso, en grandes cifras sí que parece evidente que, a mayor grado de control mental del agente sobre su conducta, mayor tiende a ser también la peligrosidad de esta, si la intención es inequívocamente criminal (MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., 1982, pp. 75-78). Me parece, sin embargo, que esa mayor lesividad de la conducta intencionada (que, de todas formas, habría que matizar en atención a las diferentes categorías de intenciones, y que no siempre lo es, cuando se compara con comportamientos burdamente temerarios y peligrosísimos en su ineptia) no explica adecuadamente por qué la ley tiende (el caso español es paradigmático) a establecer un salto tan radical en el tratamiento penológico de las conductas dolosas y de las conductas imprudentes (hasta el punto incluso de que la gran mayoría de estas últimas estén despenalizadas). Creo que esto solamente puede explicarse, y acaso justificarse (hasta cierto punto), por razones de antinormatividad: esto es, por la forma que adopta la categorización social de uno y otro tipo de conductas.

⁵¹ En efecto, lo decisivo para que la atribución de responsabilidad a un agente por una conducta sea vista, en lo que respecta al desvalor subjetivo de la acción, como justificada es que la conducta se interprete como guiada por (motivada por) razones (susceptibles de ser valoradas): FISCHER, *The Metaphysics of Free Will*, 1995, pp. 160 ss. Es decir, aunque los componentes cognitivos son relevantes, también lo son –tanto o más– los motivacionales.

pero muy diferentes en cuanto al proceso psíquico que las produce, pues creo que la valoración social que recibe su faceta subjetiva es significativamente distinta. Y que esta diferencia de consideración debe ser hecha valer en el tratamiento penológico de las mismas. En concreto, pienso que cuando menos es imprescindible establecer una distinción entre aquellas conductas producidas por estados mentales del agente caracterizados e individualizados por propiedades categóricas (que son las únicas a las que, en sentido estricto, está justificado adscribir el significado que fundamente la calificación como conductas dolosas)⁵² y aquellas otras vinculadas únicamente a propiedades disposicionales de la mente del agente. En el primer caso, nos hallamos ante conductas controladas por eventos psíquicos actuales (representaciones, impulsos motores, fenómenos atencionales y de *priming*, inhibiciones de impulsos, emociones, procesos de autorregulación, etc.) que ocurren en la mente del agente, que tienen como rasgo definitorio el de sobrevenir efectivamente sobre patrones, también actuales, de activación neuronal⁵³. Esta actualidad del sustrato físico de las propiedades de dichos estados mentales es, justamente, lo que hace que las emociones reactivas frente a ellos resulten en general mucho más intensas, ya que se tiende a adscribir por ello al agente una actitud mucho más resuelta y abierta (a veces, también consciente) hacia la lesividad de su conducta.

En el segundo caso, en cambio, los procesos psíquicos del agente son caracterizados exclusivamente en atención a sus propiedades disposicionales: es decir, propiedades que caracterizan a la mente del agente en virtud de su propensión a producir determinados eventos⁵⁴. Se predica así del agente su ceguera ante los hechos, su ignorancia deliberada o su crasa negligencia. Basándose para ello en la propensión de su mente al autoengaño, a eludir lo desagradable, a no preocuparse de lo importante... propiedades todas ellas de naturaleza disposicional. En palabras de PÉREZ BARBERÁ, «*se dan circunstancias que deben ser valoradas del mismo modo que las de los casos de apartamiento de una regla en los que media una representación epistémicamente racional y ontológicamente acertada. En estos casos, la conducta tiene lugar a partir de una orientación arbitraria, y comunica por tanto una toma de postura que, desde un punto de vista objetivo, es intensamente contraria a la de la regla y, por tanto, hostil hacia dicha regla. Ello es así porque “arbitrariedad”, en este contexto, significa un desafío objetivo a regularidades empíricas obvias o a normas de conducta elementales propias de ese ámbito específico de actuación. Se trata de ausencias de representación tan crasas que, en la medida en que el sujeto no sea un inimputable, sólo pueden ser interpretadas como consecuencias de una toma de postura completamente egoísta*»⁵⁵. En mi opinión, sin embargo, siendo cierto todo lo que se afirma, no lo es que uno y otro tipo de procesos psíquicos resulten equivalentes desde el punto de vista de su valoración social, sino que

⁵² Afirmando que esta distinción es la mínima imprescindible, pues es perfectamente posible y, muchas veces, razonable hacer otra –con consecuencias penológicas– entre los estados mentales propios del dolo directo y los del dolo eventual. Así ocurre, sin ir más lejos, en la propia ley, en la que muchos tipos penales exigen expresamente dolo directo y excluyen la tipicidad de las conductas doloso-eventuales. Y ello (entre otras posibles razones), porque en general estas últimas ostentan un desvalor subjetivo de la acción algo menor que aquellas (LUZÓN PEÑA, *PG*, 4ª ed., 2025, p. 246).

⁵³ Las propiedades de los eventos psíquicos sobrevienen sobre las propiedades de los eventos neuronales si, y solo si, aquellas no pueden darse, ni modificarse, sin que al tiempo se den, o se modifiquen, estas últimas. Es decir, entre lo psíquico y lo neuronal existe una relación de covariación, dependencia y reducibilidad (KIM, *Supervenience and Mind*, 1993, pp. 58, 131 ss.).

⁵⁴ Es decir, son propiedades que pueden ser descritas a través de una proposición condicional contrafáctica: sea la propiedad disposicional *P* la de que tenga lugar la respuesta *r* si tiene lugar el estímulo *e*; entonces, la clase de individuos *C* (y, consiguientemente, los individuos que la componen) poseen la propiedad disposicional *P* si y sólo si, si un individuo perteneciente a dicha clase sufriera el estímulo *e*, la respuesta *r* tendría también lugar (LEWIS, *Papers in Metaphysics and Epistemology*, 1999, pp. 133 ss.).

⁵⁵ PÉREZ BARBERÁ, *Pensar en Derecho*, (1-1), 2012, p. 191.

me parece evidente que existe un salto valorativo significativo entre ellos, ocasionado por la diferencia –valorativamente relevante– entre eventos psíquicos actuales y propensiones contrafácticas, no necesariamente actualizadas en el momento de actuar⁵⁶. Razón por la que creo que debe rechazarse calificar tales conductas como dolosas y, en su caso, si se considera que calificarlas meramente como imprudentes es injusto, crear una nueva categoría intermedia⁵⁷.

Por fin, mi última discrepancia con PÉREZ BARBERÁ tiene que ver con qué sea el objeto de prueba en relación con el dolo. Coincidimos, me parece, en que hablar de «probar el dolo» es una manera, impropia, de referirse a la prueba de aquellos hechos psíquicos que justifican la adscripción al agente de la actitud que fundamenta la valoración de su conducta como dolosa⁵⁸. Sin embargo, creo que se equivoca al adherirse a la concepción disposicionalista (y, en último extremo, conductista) de la mente de la primera filosofía analítica (representada ejemplarmente por Gilbert Ryle, a quien cita profusamente)⁵⁹. De acuerdo con esta concepción, los enunciados acerca de estados mentales pueden y deben ser reducidos a enunciados acerca de disposiciones de conducta. De manera que –concluye PÉREZ BARBERÁ– lo que habría que probar no serían eventos mentales actuales (esto es, estados de cosas de la mente caracterizados por determinadas propiedades psíquicas categóricas), sino propensiones –propiedades disposicionales– de esa misma mente, que podrían ser probadas, a la luz de ciertas «reglas de correspondencia» (máximas de experiencia), a través de la observación de la conducta externa⁶⁰. Me parece, sin embargo, que a estas alturas está ya claro que la concepción conductista de la mente (que surgió como respuesta a los abusos del dualismo mente-cuerpo en el seno de una filosofía de la mente –la decimonónica– predominantemente idealista) está aquejada de numerosas dificultades de índole filosófica, que se incrementan aún más cuando, como es el caso, se pretende utilizar para fundamentar una práctica probatoria dentro del proceso. Ante todo, porque se parte de una tesis semántica no referencialista, a tenor de la cual los enunciados sobre estados mentales carecerían de un auténtico referente, por lo que serían únicamente formas (impropias, vulgares) de hablar sobre propensiones de conducta: de este modo, hablando con propiedad, no existirían hechos psíquicos de creer, desear, querer, etc., sino que referirse a ellos sería tan solo una forma de hablar, para entendernos, sobre probabilidades de que ciertas conductas tengan lugar⁶¹. Algo difícil de aceptar cuando, hoy, poseemos evidencia empírica abrumadora del hecho de que existen hechos psíquicos (cognitivos, motivacionales, atencionales, emocionales, etc.), caracterizados e individualizados por propiedades categóricas, actuales, de la mente, que supervienen sobre patrones de activación neuronal y que tienen un rol causal decisivo en la aparición de las conductas⁶². Por supuesto, ello no nos obliga a conformarnos con las categorías

⁵⁶ De nuevo, hay evidencia empírica clara sobre ello: CUSIMANO/GOODWIN, en *Advances in Experimental Philosophy of Free Will and Responsibility*, 2022, p. 47.

⁵⁷ En este sentido, FREUND, «Die besonders leichtfertige Tötung. Zugleich ein Beitrag zur „spezifischen Gefahrverwirklichung“ bei der Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB)», *FS-Frisch*, 2013, pp. 693-695; ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5ª ed., 2020, p. 553.

⁵⁸ Vid. PÉREZ BARBERÁ, «La prueba de estados mentales eventualmente relevantes para la imputación por dolo», en ROVATTI/LIMARDO (dirs.), *Pensar la prueba*, v. 3, 2023, pp. 143-144.

⁵⁹ Vid. RYLE, *The Concept of Mind*, 1990, pp. 130-142, 302-311.

⁶⁰ PÉREZ BARBERÁ, en ROVATTI/LIMARDO (dirs.), *Pensar la prueba*, v. 3, 2023, pp. 145-148, 153-157.

⁶¹ REY, *Contemporary Philosophy of Mind*, 1997, pp. 147-151.

⁶² CURTIS/D'ESPOSITO, «The Inhibition of Unwanted Actions», en MORSELLA/BARGH/GOLLWITZER (eds.), *Oxford Handbook of Human Action*, 2009, pp. 77-85. Por supuesto, esto no significa que no existan también propiedades psicológicas disposicionales: rasgos de personalidad, estructuras motivacionales, capacidades diferenciadas de autorregulación, etc. (MISCHEL/SHODA/AYDUK, *Introduction to Personality*, 8ª ed., 2008, *passim*). Pero estas propiedades únicamente generan casualidad psíquica cuando se materializan en hechos psíquicos actuales; es

conceptuales de la psicología de sentido común, sino que, como he argumentado más arriba, es perfectamente razonable intentar traducir dichas categorías a las de la Psicología científica y a las de la Neurociencia. Pero en ningún caso nos autoriza a poner en cuestión estas últimas, como hace el conductismo.

Por lo demás, las consecuencias de esta concepción disposicionalista y conductista de las propiedades mentales en el ámbito del Derecho probatorio me parecen particularmente preocupantes. Pues, por una parte, si lo único verdaderamente verificable son las conductas externas, entonces (como el mismo PÉREZ BARBERÁ reconoce)⁶³ hay que dar por buena la práctica usual de los tribunales de recurrir a indicios-tipo como justificación casi exclusiva en la valoración de la prueba del dolo. Algo que, como en su momento indiqué, con frecuencia tiende a parecerse más a una presunción de dolo, o a un puro ejercicio de adivinación, antes que a cualquier forma racional y garantista de prueba, al prescindir prácticamente por completo de la efectiva búsqueda de los hechos psíquicos subyacentes. Además, por otra parte, fundamentar la calificación de una conducta como dolosa exclusivamente en propiedades disposicionales de la mente, en el sentido estricto de la expresión (es decir, en los rasgos de personalidad, las estructuras motivacionales, las capacidades diferenciadas de autorregulación, etc.), y no en eventos psíquicos actuales, se aproxima peligrosamente, a mi entender, al Derecho Penal de autor⁶⁴.

decir, en eventos mentales caracterizados por propiedades psíquicas categóricas (KRUGLANSKI/KOPETZ, «The Role of Goal Systems in Self-Regulation», en MORSELLA/BARGH/GOLLWITZER (eds.), *Oxford Handbook of Human Action*, 2009, pp. 353-354): cuando, por ejemplo, el elevado grado de neuroticismo presente en la personalidad del agente hace que se active en su mente, de manera imposible de refrenar e inhibir, el motivo para llevar a cabo una conducta impulsiva violenta.

⁶³ PÉREZ BARBERÁ, en ROVATTI/LIMARDO (dirs.), *Pensar la prueba*, v. 3, 2023, pp. 151-152.

⁶⁴ Realicé un análisis detallado –perfectamente aplicable aquí– de los límites que impone el principio de responsabilidad por el hecho a la toma en consideración de factores psíquicos en sede de antijuridicidad en PAREDES CASTAÑÓN, «El “desprecio” como elemento subjetivo de los tipos penales y el principio de responsabilidad por el hecho», *RP*, (11), 2003, pp. 94 ss.

Dolo, imprudencia y zarandeo de bebés

Comentario a la STS 1175/2024, de 20 de diciembre

Gabriel Pérez Barberá
Universidad Torcuato Di Tella
gperezbarbera@gmail.com

-

1. Introducción

Los hechos probados en la sentencia que comento son básicamente los siguientes: frente al llanto persistente de un bebé recién nacido (de once días de edad), ya de madrugada, su padre le indica a su pareja y madre de su hijo que descanse, que él lo cuidará. Toma al niño en brazos y lo pasea por la casa, para calmarlo. Como no lo consigue, sin un motivo claro pero presumiblemente irritado por tanto llanto, en un momento el padre del bebé lo zarandea fuertemente. El llanto cesa; lo coloca en la cuna. Pero a partir de ese momento el bebé comienza a emitir sonidos extraños. La madre se preocupa y le pide al padre de su hijo que lo lleven urgente al hospital. El padre accede. Los médicos, tras realizarle al bebé estudios por imágenes y otros exámenes clínicos, le detectan gravísimas lesiones cerebrales, que según los peritajes fueron causadas por el zarandeo. Durante algunos días el bebé está en situación crítica, pero luego mejora y pueden darle el alta hospitalaria. El niño sobrevive a esas lesiones pero el diagnóstico a futuro es preocupante, pues, con alta probabilidad, puede crecer con dificultades motoras y cognitivas.

La cuestión jurídica a resolver en la sentencia que comento consiste en determinar si las lesiones sufridas por el bebé son imputables a su padre a título de dolo eventual o de imprudencia. La mayoría de los integrantes de la Sala 2ª del TS, en función de un concepto de dolo eventual que después describiré con más precisión, pero en el que tiene fuerte primacía el denominado elemento cognitivo del dolo, entendió que no había prueba suficiente para tener por acreditado, más allá de toda duda razonable, que el padre del bebé se representó la posibilidad de que, por ese zarandeo, su hijo pudiera sufrir graves lesiones; por tanto, le imputó lesiones imprudentes. La minoría de ese tribunal, en cambio, adoptando el mismo concepto de dolo eventual que la mayoría, sostuvo lo contrario respecto de la prueba, e imputó por tanto lesiones dolosas.

Tanto el voto de la mayoría como el de la minoría son, por momentos, un poco confusos; en ocasiones, la terminología y algunas afirmaciones tanto fácticas como jurídicas son imprecisas y hasta erróneas. Pero creo que lo expuesto en el párrafo anterior resume correctamente lo esencial de cada uno de esos votos; cuanto menos si, principio de caridad mediante, se mira a ambos en su mejor luz, que es lo que corresponde cuando se analizan argumentos. Por otra parte, y aunque parezca obvio, no creo que sea ocioso resaltar que esto es un comentario a una sentencia, no un artículo de doctrina en el que se desarrolla una teoría. En consecuencia, la cuestión institucional de si el TS aplicó correctamente el derecho penal vigente en España tendrá un lugar central en la exposición que sigue, sin perjuicio de que, además, opinaré acerca de si esa solución fue moralmente justa y jurídicamente consistente con concepciones del dolo diferentes a la asumida por el tribunal.

2. La cuestión institucional

Es un lugar común –y acertado– afirmar que los tipos penales en los que en principio cabe subsumir un caso concreto funcionan como criterio de selección respecto de lo que corresponde tener por probado en el proceso para que esa subsunción pueda ser tenida por acertada. Esos tipos penales, en nuestros sistemas jurídicos, son los previstos tanto en la parte especial como en la parte general de los códigos penales. Algunos de los que cuentan entre estos últimos son los que definen la autoría, la tentativa, el dolo y la imprudencia. Es claro, entonces, que para saber qué tenemos que probar en un caso concreto para poder imputar dolo o imprudencia tenemos que partir de cómo esas categorías son definidas por el código penal.

En España, el art. 14.1 del CP puede ser interpretado, a mi juicio, como que establece que se obra con dolo si, de parte del agente, no ha habido error ni vencible ni invencible respecto del «hecho constitutivo de la infracción penal». Por su parte, que el agente obra sin error puede perfectamente ser interpretado como que obra con conocimiento del hecho constitutivo de la acción penal. Obrar con ese conocimiento sería, entonces, razón necesaria y *suficiente* para que el hecho deba ser imputado como doloso. Esto, desde luego, no impide admitir que son dolosos, también, hechos en los que, además de ese conocimiento, concurren en el agente otros estados mentales, como la intención directa de realizar el tipo, etc. Pero, a mi juicio, no sería conforme con el texto de la ley afirmar que el art. 14.1 del CP español exige intención directa u otro elemento volitivo, emocional o de cualquier otra naturaleza no cognitiva, como condición *necesaria* para poder imputar dolo¹.

Dicho en forma breve, me parece bastante evidente que el CP español se ha decantado por admitir que puede haber dolo si el agente simplemente *conoce* «el hecho constitutivo de la acción penal». A ese dolo se lo puede llamar «eventual», o «dolo básico»², o como uno quiera; y a los «otros dolos», que vienen con el agregado de componentes volitivos, se los puede denominar «dolos calificados»³, o «directos», o como uno quiera. Lo importante es tener claro que, si concurre ese conocimiento al que, *a contrario sensu*, alude el CP cuando hace referencia al error vencible e invencible sobre el hecho, eso es suficiente para que este pueda ser imputado como doloso; suficiente en el sentido específico de que, para atravesar la barrera que separa la imprudencia del dolo, no es necesario que, además de ese conocimiento, el agente quiera algo en particular, o se conforme con algo, o lo consienta, o menosprecie, etc.

Queda pendiente, desde luego, determinar qué es, según la ley española, lo que específicamente tiene que conocer el agente para que pueda decirse que obra sin error siquiera vencible «sobre un hecho constitutivo de la infracción penal» y que, por tanto, su conducta es dolosa. En los delitos de resultado, uno de los hechos constitutivos de la infracción penal es el resultado⁴. Es

¹ Evidentemente opina lo contrario PÉREZ MANZANO, en su comentario a este fallo (apartado 1 y *passim*) y en otros trabajos de su autoría allí citados.

² En mi tesis doctoral lo denomino «dolo básico» (véase PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, 2011), inspirado sobre todo en las consideraciones de FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983. No obstante, mi diferencia central con FRISCH es que, en mi opinión, es correcto y útil distinguir entre distintas «formas de dolo», tal como lo propone la doctrina dominante (así, por todos, ROXIN, *PG*, t. I, 2ª ed., 1997, § 12).

³ Así los denomino en mi tesis doctoral, citada en la nota precedente.

⁴ Minoritariamente se afirma que, en esta clase de delitos, objeto del dolo no es el resultado típico, sino el «síndrome de riesgo» (así, entre otros, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 56-128). He argumentado en contra de esto en PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 553 ss.

correcto, entonces, que en el marco de un concepto de dolo como el que asumió la Sala 2ª se exija que, para obrar dolosamente, el autor tenga que «conocer el resultado». Ahora bien, como el resultado ocurre después de la acción, y uno conoce cuando actúa, entonces me parece correcto interpretar «conocer» como, aproximadamente, «predecir»⁵, en función de lo que el agente tiene en mente al momento del hecho respecto de los efectos que este puede producir. Por eso es habitual –y correcto– que en tales casos, en lugar de «conocimiento», se hable de «representación», en el sentido de que el agente, en el momento t_1 , se representa mentalmente qué puede ocurrir después, en un momento t_2 .

De conformidad con esto, creo que sería acertado interpretar que una predicción que equivalga al conocimiento que exige la ley española sería aquella que tuviera como base el hecho de que el agente, al momento de actuar, se representase el resultado típico como seriamente posible, o como posible en concreto; es decir, no bastaría una representación de la posibilidad meramente abstracta del resultado. Esta última clase de representación podría conducir solamente a una imputación por imprudencia, en particular la que se conoce como «imprudencia consciente»; si ni siquiera hubiese en el caso una representación del resultado como posible en abstracto, entonces habría, a lo sumo, una «imprudencia inconsciente».

Creo que todo esto es lo que han tenido en mente tanto el voto de la mayoría cuanto el de la minoría cuando se han referido, respectivamente, a la no concurrencia o concurrencia, en el caso, de dolo (en la forma de «dolo eventual»). Y creo asimismo que no hay nada de objetable en esa asunción conceptual de ambas votaciones. Por lo menos en el sentido de que han asumido un concepto de dolo perfectamente derivable de la ley penal vigente en España. Y esto, creo, es lo único que interesa institucionalmente para determinar si una sentencia es, o no, conforme a derecho. Puede gustarnos o no ese concepto de dolo; puede que a veces conduzca a decisiones injustas. Pero no es objetable en derecho.

Eso que los dos votos de la Sala 2ª en esta sentencia han tenido en mente coincide bastante, como ya se habrá advertido, con lo que en la historia dogmática del dolo eventual se conoce como «teoría de la posibilidad»⁶. Una teoría con ciertos déficits que he remarcado en mis publicaciones⁷, pero que, a mi modo de ver, es la que mejor se ajusta al contexto legal español entre las que se ocupan de la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente. Porque, como vimos, el art. 14.1 del CP asume un concepto de dolo (eventual) «puramente cognitivo», y la teoría en cuestión permite distinguir entre dolo eventual e imprudencia consciente –una distinción sin dudas relevante– sin necesidad de acudir a ningún elemento «volitivo».

Los dos votos de la Sala 2ª tienen demasiado pudor en asumir directamente lo que en doctrina se conoce como un concepto puramente cognitivo de dolo eventual, pese a que, en mi opinión, el texto del código penal que aplican los obliga a ello. Una confirmación más de que el peso de la doctrina en el raciocinio judicial es tan fuerte que lleva a los jueces, a veces, a desatender el derecho que aplican. Esto explica tantos rodeos y citas de precedentes –en ambos votos– tratando de conciliar resultados que en rigor son propios de la mencionada teoría de la

⁵ Así PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 554, 670 ss., 801 ss.

⁶ Sobre todo con la desarrollada en Alemania a mediados del siglo XX por SCHÖDER y SCHMIDHÄUSER, más sofisticada, pero idéntica en lo esencial, a la «teoría de la posibilidad» (ese es su nombre original: *Möglichkeitstheorie*) elaborada en ese país a fines del siglo XIX. Las referencias esenciales pueden verse en PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 215 ss., 372 ss.

⁷ Véase en particular PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, *ibid.* nota anterior.

posibilidad con los de la (dominante) «tesis débil de la voluntad»⁸, cuando, en verdad, nada de eso es necesario.

Al contrario, es en esas consideraciones redundantes donde los dos votos muestran su mayor debilidad argumental. Como por ejemplo cuando identifican ese dolo eventual «puramente cognitivo» con un concepto «normativo» de dolo, como si los demás conceptos de dolo (eventual o de otras formas) disponibles en la discusión no fueran normativos, incluido desde luego el clásico «conocer y querer la realización del tipo». Después volveré sobre esto.

Por supuesto que también es común que ocurra lo inverso, es decir, que la doctrina crea que un tribunal debe asumir un concepto de dolo determinado porque considera que es mejor, aunque por ley no esté obligado a ello. Ese parecería que es el caso de Mercedes PÉREZ MANZANO, cuanto menos en su comentario a este fallo. Porque allí no solo presenta lo que ella entiende que es un buen concepto de dolo, sino que evalúa como deficitarias a las argumentaciones de los dos votos de la Sala 2ª por el hecho de que no asumieran ese concepto. Dicho más claramente, para PÉREZ MANZANO un concepto de dolo es correcto solo si da al «elemento volitivo» la misma primacía que al «elemento cognitivo», y las votaciones judiciales en cuestión serían incorrectas por haber dado primacía solamente al elemento cognitivo⁹.

Por supuesto que esa podría ser una buena objeción *de lege ferenda*. Sin embargo, está claro que PÉREZ MANZANO erige con ello un cuestionamiento *de lege lata* al TS, y eso es lo que me parece inapropiado. Porque la autora, al proceder de ese modo, no se hace cargo de lo más elemental, que es el hecho de que, como vimos, todo indica que el art. 14.1 del CP español asume un concepto de dolo «puramente cognitivo», cuanto menos de conformidad con su letra, un dato crucial que ninguna interpretación puede soslayar siquiera como punto de partida.

De hecho, ante un texto legal tan claro, cualquier interpretación que pretenda sostener que el art. 14.1 del CP español incluye requisitos volitivos debería estar precedida de un esfuerzo argumentativo considerable; pero no para argüir que *sería correcto* que la ley exija tales elementos volitivos, sino para demostrar que *los exige*. Esa argumentación, sin embargo, está ausente en el comentario de PÉREZ MANZANO. En consecuencia, o bien para esta autora no es relevante lo que establece la ley para resolver asuntos jurídicos (porque adscribe implícitamente a una suerte de neoconstitucionalismo extremo o algo así), o bien cree que es *obvio* que el art. 14.1 del CP requiere ese elemento volitivo. Seguramente lo que piensa es esto último, pero como ello, en principio, choca contra la letra de la ley, en tal caso le cabría la observación que consigno al comienzo de este párrafo.

3. Recapitulación

Dije ya que, a mi juicio, los dos votos de la sentencia asumen como correcto el mismo concepto de dolo eventual, y que difieren solamente en la valoración de la prueba. Solo por eso la mayoría se inclinó por la imprudencia y la minoría por el dolo. En la cuestión probatoria se agota, por tanto, el único desacuerdo genuino que existe entre ambos votos de la Sala 2ª. Internamente consideradas, las argumentaciones de los dos votos son consistentes, en el sentido de que ambas, como corresponde, se ocupan de determinar si estaba probado, o no, lo que el concepto de dolo

⁸ Así la designo en PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 175 ss.

⁹ Véase PÉREZ MANZANO, apartado 1 de su comentario a este fallo, y *passim*.

del que partían las obligaba a probar. Eso no es un mérito menor. Personalmente, creo que tuvo razón la mayoría. Pero de esto no se sigue que la minoría hubiese errado el blanco de lo que tenía que hacer; simplemente valoró la prueba de un modo incorrecto, por lo menos en mi opinión.

Respecto de la cuestión probatoria, creo que en el caso puede considerarse probado que el padre del bebé sabía que un niño de tan corta edad puede sufrir lesiones de gravedad si se lo zarandea. Porque ese es un conocimiento nomológico que tiene cualquiera (más adelante vuelvo sobre esto). Pero que es dudoso que, al momento de actuar, se representase que *su* zarandeo podría lesionar al niño. Dicho de otro modo, está probado que ese padre sabía en abstracto que zarandear a un bebé recién nacido puede tener ese costo, pero no está probado –más allá de toda duda razonable– que al hacer lo que hizo se representó ese resultado como concretamente posible. Bien miradas, las razones que da el voto mayoritario para apoyar estas conclusiones fácticas me parecen acertadas, sin perjuicio de algunas precisiones que haré más adelante respecto de la cuestión de la entidad del peligro. En lo demás, me remito entonces a esas consideraciones del voto de la mayoría.

A mi modo de ver, entonces, la decisión de la mayoría de la Sala 2ª es *de lege lata* acertada. ¿Podría decirse, no obstante, que el art. 14.1 del CP español admite un concepto de dolo distinto al asumido en esa decisión? Ya dije que quizá sí, aunque tengo mis serias dudas al respecto. En rigor, lo que quiero destacar son tres cosas, que menciono a modo de resumen de lo que he sostenido hasta aquí: en primer lugar, que ambos votos asumen un concepto de dolo que, si se le sopla toda la hojarasca y se lo mira en su mejor luz, es perfectamente derivable del derecho penal español hoy en vigencia; en segundo lugar, que ambos votos identifican correctamente qué hay que tener por probado y por tanto qué prueba es relevante para que pueda decirse que, en España, el padre de ese bebé actuó con dolo (eventual); y, en tercer lugar, que solo el voto de la mayoría valoró bien esa prueba.

4. La cuestión moral (y más específicamente de justicia)

Supongamos ahora, solo por hipótesis, que el art. 14.1 del CP español no admite otro concepto de dolo que el que describí más arriba; es decir, renunciemos –por lo menos en este comentario– a intentar demostrar que ese texto legal es compatible con otros conceptos posibles de dolo. Frente a ello, entonces, bien podríamos preguntarnos: ¿es satisfactorio el concepto de dolo consagrado en el derecho penal español? Yo respondería esta pregunta negativamente, pero es demasiado general. Más útil, en este lugar, es preguntarnos algo más puntual: ¿es idóneo ese concepto de dolo para resolver satisfactoriamente un caso como el que comento aquí o, *de lege ferenda*, sería preferible otro concepto de dolo, que permita imputar lesiones dolosas al padre de ese bebé? Y más específicamente todavía: ¿podría llegarse –siempre *de lege ferenda*– a la conclusión de que ese padre actuó dolosamente si se aplicase al caso el concepto de dolo que he desarrollado en mis trabajos?¹⁰

Responder las últimas dos preguntas importa ante todo determinar si ha sido injusto condenar a ese padre solo por imprudencia, asumiendo que las cosas ocurrieron tal como han sido tenidas

¹⁰ No solo en *El dolo eventual*, 2011, sino también y especialmente en PÉREZ BARBERÁ, «¿Dolo como indiferencia? Una discusión con Michael Pawlik sobre ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada», en EL MISMO (ed.), *Pena, ilícito y culpabilidad. Una discusión con Michael Pawlik*, 2022, pp. 175 ss. Publicado también en alemán en PÉREZ BARBERÁ/KUBICIEL (eds.), *Zur Theorie des Bürgerstrafrechts*, 2024, pp. 217-256. Una versión digital ampliada puede verse en *Revista En Letra. Derecho Penal*, (VI-11), 2021, pp. 91-139.

por probadas por el voto de la mayoría. Es decir, asumido que ese padre sabía, en abstracto, que (tal como todos lo sabemos en abstracto) zarandear a un bebé de tan corta edad entraña un riesgo elevado de lesiones; pero que, sin embargo, no actualizó ese conocimiento al momento del hecho.

La cuestión a responder, entonces, sería si en el caso de este padre con su bebé la ausencia de ese conocimiento efectivo (en el sentido de «representación», etc.) es razón válida suficiente para, con justicia, renunciar a una imputación por dolo. A mi modo de ver, sí. De hecho, con mi concepto de dolo –que es apto para fundamentar una imputación dolosa en supuestos de ignorancias crasas y deliberadas– *en este caso* no se llegaría a un resultado diferente al obtenido por la mayoría de la Sala 2ª, por lo menos en función de la prueba recabada.

De esto por supuesto no se sigue que yo considere acertado un concepto de dolo como el asumido por la Sala 2ª del TS o el que propone la teoría de la posibilidad. Simplemente digo que mi concepto de dolo, para la solución de este caso –y muchísimos otros–, converge en los resultados con teorías más dominantes que en mi opinión son conceptualmente deficitarias, incluso con las que exigen elementos volitivos como condición necesaria para la imputación por dolo eventual. Esto no debería sorprender: el concepto de dolo que he desarrollado manifiesta su utilidad práctica –por arribar a soluciones diferentes a las dominantes– solo en casos todavía marginales, como los de ignorancias crasas y deliberadas. Y me parece que este no es un caso de ignorancia crasa (o de ceguera fáctica) que deba ser imputado como doloso. Fundamentaré todo esto a continuación.

5. La cuestión descriptiva

Simplificando mucho, lo que propongo en mis desarrollos teóricos sobre el concepto de dolo es que, en casos de ignorancia, su irracionalidad epistémica *puede* ser relevante para concluir si una conducta es dolosa o no lo es. Insisto mucho, en efecto, en que una cosa es identificar qué fundamenta esa irracionalidad y otra muy distinta es especificar qué fundamenta que, si la ignorancia es irracional, un caso pueda ser imputado como doloso. Porque lo primero *se explica* en función de razones epistémicas, mientras que lo segundo *se justifica* a partir de razones normativas. No estoy muy seguro de que esta distinción esté presente en los argumentos de quienes defienden conceptos de dolo que posibilitan resultados similares a este¹¹.

En cuanto al asunto epistémico, voy a concentrarme en mi fundamentación para casos de ignorancia crasa (o «ceguera ante los hechos»), que en el aspecto epistémico –no en el normativo– es diferente a la que ensayo para supuestos de ignorancia deliberada. Digo esto porque es obvio que este no es un caso de ignorancia deliberada; lo único que está en juego aquí es determinar si la ignorancia del padre del bebé al momento del hecho, respecto del efecto posible de su zarandeo, fue irracional y por tanto crasa, y si en consecuencia se abre con ello una puerta en favor de una posible imputación por dolo; o si, por el contrario, fue una ignorancia atendible, y esa puerta queda entonces bloqueada.

Lo que digo en torno a esto en mis trabajos es que, para que ignorar sea craso o epistémicamente irracional, conocer tiene que ser epistémicamente forzoso, mientras que ignorar tiene que ser

¹¹ Me refiero sobre todo a JAKOBS y a PAWLIK. Pueden verse las referencias pertinentes en PÉREZ BARBERÁ, en EL MISMO (ed.), *Pena, ilícito y culpabilidad*, 2022, pp. 175 ss.

epistémicamente extravagante. Préstese atención a que estas no son afirmaciones respecto de lo que le ocurre al agente, sino de lo que, desde un punto de vista objetivo, cabe tener como epistémicamente racional. Es decir, puede darse el caso de que exista un agente que ignore lo que, epistémicamente, es irracional ignorar. Frente a ello, no se negará que el agente ignoró, porque ello implicaría negar la realidad. Se afirmará que ignoró, pero se lo tendrá por un agente irracional.

Ahora bien, ¿cuándo es epistémicamente irracional ignorar? Básicamente cuando se conocen premisas suficientes no solo nomológico-generales, sino también ontológico-particulares (esto es, propias del caso concreto) como para que sea inductivamente forzoso concluir que *p*. Si yo sé que «la lluvia moja» (premisa nomológico-general); sé también que está lloviendo con cierta intensidad (premisa ontológico-particular₁); y sé asimismo que las calles están al aire libre (premisa ontológico-particular₂), entonces *tengo que saber* que las calles están mojadas. Si con esas premisas acabo creyendo que las calles están secas, no corresponderá decir de mí que en verdad sabía que estaban mojadas; simplemente se admitirá mi ignorancia y se me tendrá como un agente irracional.

Aplicado esto a ciertos casos de derecho penal, diríamos que, si sé determinadas cosas (nomológico-generales y ontológico-particulares), tengo que representarme como posible una determinada circunstancia o un determinado resultado típico. Si no me lo represento, no corresponde que, por razones jurídicas, se me «atribuya» una representación que no tuve¹². Simplemente deberá admitirse mi falta de representación y afirmarse que es epistémicamente irracional, y en función de ello tenérseme como un ignorante craso o un ciego ante los hechos, que es, insisto, un asunto descriptivo. Después habrá que ver si esa «ceguera» es imputable a dolo, o si no lo es. En la descripción de esa «ceguera», por tanto, pesa no solo lo que el agente ignora, sino también lo que sabe. Su ignorancia es crasa, precisamente, en virtud de lo mucho que conoce.

6. La cuestión normativa

Hasta aquí, el asunto puramente epistémico –y por tanto descriptivo– del problema. Es decir, no estoy diciendo que quien ignora crasamente debe, *por ello*, responder como autor doloso. Si es el caso que ciertos ignorantes crasos deben responder como autores dolosos es porque hay una razón normativa que lo justifica. Es turno, entonces, de ocuparse del asunto normativo del problema. La razón en cuestión es la que fundamenta el mayor reproche que merece el obrar doloso o, para abreviar, la que fundamenta el dolo como categoría de atribución de responsabilidad penal.

Creo que, para determinar el grado de imputación subjetiva de un agente, la pregunta crucial es si, y en qué medida –o con qué facilidad–, podría haber evitado lo que hizo. Esto permite una distribución razonable de la carga de ser fiel al derecho que pesa sobre cada ciudadano. De hecho, distribuir esa carga es, en mi opinión, la función central de la imputación subjetiva.

¹² En esa línea van, sin embargo, HRUSCHKA, FREUND y RAGUÉS I VALLÈS, con sus puntos de vista en favor de conocimientos atribuibles supuestamente por imperio de normas jurídicas. Véase HRUSCHKA, «Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», *FS-Kleinknecht*, 1985, pp. 191 ss.; FREUND, *Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“*, 1987; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999.

En consecuencia, los criterios de atribución de responsabilidad propios de la imputación subjetiva deben ser coherentes con un adecuado principio de justicia distributiva. Es un principio de este tipo el que, en efecto, opera y debe operar como premisa normativa para justificar por qué es correcto que, ante determinadas condiciones fácticas, se atribuya un determinado grado de responsabilidad penal. El principio distributivo en cuestión afirma, básicamente, que es moralmente correcto –y justo–¹³ exigir más a quien puede más. Es el mismo principio que suele regir el pago de tributos: como ganas más, puedes pagar más, y por tanto mereces que se te exija pagar más. Es, como se ve, un principio basado en el merecimiento, pero entendido no retributivamente, sino distributivamente¹⁴.

Pues bien, cuanto más puede un agente controlar sus acciones, más puede evitarlas, o más fácilmente puede evitarlas (si quiere evitarlas)¹⁵. Se trata de una inferencia fáctica válida. Sin embargo, aunque «debe» implica «puede» (*ultra posse nemo obligatur*), de «puede» no se sigue «debe»: ello sería una falacia naturalista. No es el caso, pues, que el hecho de que el agente pueda controlar más sea lo que hace que, necesariamente, deba evitar más; y que, por tanto, si no evita, o no evita lo suficiente, necesariamente deba ser hecho responsable con más rigor. Lo que quiero decir es que, aunque de «puedes más» no se sigue necesariamente «debes más», en este contexto *es justo* (y por tanto moralmente correcto) que quien puede más deba más, o deba responder con más.

Esta última conclusión, de carácter práctico, está consecuentemente mediada, en mi argumentación, por la premisa normativa que acabo de identificar. En efecto, a la premisa fáctica «puedes más» se añade una premisa normativa que, como tal, contiene la razón moral que justifica exigir más a quien puede hacer más. Es esa premisa normativa la que permite afirmar que está moralmente justificado que la comunidad exija más enérgicamente que no cometan delitos a quienes tienen que esforzarse menos para evitarlos.

Así, en términos de imputación subjetiva, lo que importa es determinar si el agente *puede* y, como consecuencia moralmente justificada (aunque no necesaria) de ello, *debe* evitar lo que hace. La posibilidad de evitación y su grado es, por tanto, lo que decide la cuestión¹⁶. Que el nivel de ilicitud subjetiva sea más o menos grave dependerá, entonces, solo de la circunstancia fáctica vinculada al «puedes más», la cual es normativamente relevante en virtud de la premisa práctica que he identificado. Es crucial, entonces, determinar hasta qué punto el agente puede dominar su comportamiento y, si corresponde, controlar sus consecuencias, analizado esto, naturalmente, desde una perspectiva *ex ante*. Porque de ello dependerá si puede evitar y, en su caso, *cuán sencillo* le es evitar¹⁷.

¹³ La justicia no es coextensiva con la moral, pero forma parte de la moral. Es decir, si algo es justo, es moralmente correcto; pero no todo lo que es moralmente correcto puede describirse como “justo”. Al respecto véase HART, *El concepto de derecho*, 3ª ed., 2011, pp. 193 ss.

¹⁴ Sobre esto véase PÉREZ BARBERÁ, en EL MISMO (ed.), *Pena, ilícito y culpabilidad*, 2022, en cualquiera de los lugares citados.

¹⁵ La aclaración entre paréntesis se debe a la muy pertinente advertencia en ese sentido de JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 6/27.

¹⁶ Así PÉREZ BARBERÁ, «Pena e imputación. Hacia una reconstrucción inferencial del concepto de dolo», en AMBOS *et al.* (eds.), *Prevención e imputación*, 2017, pp. 219 ss.

¹⁷ Sobre todo esto véase PÉREZ BARBERÁ, en EL MISMO (ed.), *Pena, ilícito y culpabilidad*, 2022, en cualquiera de los lugares citados.

Decía que creo que este desarrollo teórico funciona bien para justificar con solidez que ciertos casos de ignorancias crasas o ciegas fácticas sean imputadas como dolosas. ¿Pero por qué? ¿No podría acaso objetarse que si es verdad que, como yo afirmo, quien sabe más puede evitar más, entonces no puede ser correcto que quien sepa menos (como un ignorante craso) pueda evitar con la misma sencillez que quien no ignora? Mirada desde lejos, es una buena objeción. Pero si la mirada se afina, lo que cabe preguntarse es si es necesario que un agente se represente *todos* los elementos de una ilicitud penal para que tenga un dominio tal de su propia conducta que le sea muy sencillo evitar. Y mi respuesta a esa pregunta es negativa.

Tal como sucede en nuestra tradición con los casos de desviaciones del curso causal (*dolus generalis*, por ejemplo), a pesar de una representación mental deficiente es posible que un agente conozca y controle *lo suficiente* como para merecer una atribución de responsabilidad equivalente, en su nivel de ilicitud, a la del dolo, o directamente identificable como dolosa, según cómo sea cada sistema jurídico¹⁸. Esto es lo que ocurre no sólo cuando es irracional ignorar alguna circunstancia relevante de un delito o su posible resultado, sino también cuando se ignora deliberadamente.

Si la ignorancia es deliberada, es obvio que el agente domina lo que hace; pero ya dije que en el caso de esta sentencia no hay ignorancia deliberada y que por tanto no abordaré aquí sus problemas específicos. Sí cabe preguntarse si la ignorancia del padre del bebé es crasa y por tanto irracional, pero mi impresión es que no lo es. Vimos ya que lo que torna irracional a la ignorancia de un agente es precisamente su incompatibilidad con lo que *sabe* respecto de lo que hace *en concreto*. En tales supuestos, lo que el agente sabe –aunque algo «se le escape»– es ya suficiente para que tenga un dominio de su conducta suficiente como para que evitar le resulte muy sencillo, y por tanto para que se lo pueda responsabilizar por dolo en virtud de esa elevada posibilidad de evitación. Aunque, como enseguida veremos, no parece que ese sea el caso aquí.

Con todo, *hay ciegas*. Es decir, no es que, porque se sepa lo suficiente como para que sea merecida una imputación más grave, pueda equipararse fácticamente a quien no se representó como posible un elemento relevante del delito con aquel que sí se lo representó todo. Tampoco es procesalmente viable, siempre, decirle al “ciego”: «no te creo; en verdad sí te lo representaste todo». El caso argentino de los jugadores de rugby, que he comentado también aquí en InDret¹⁹, demuestra que puede ser no sólo verdad, sino además creíble que unos agentes no se representen como posible lo que cualquiera se habría representado, por la enorme entidad del peligro creado; y que por eso ese sí es un caso de ignorancia crasa que, además, puede ser imputado como doloso (que es lo que, me parece, cualquiera intuiría como justo), cuanto menos según lo que yo entiendo por dolo.

7. La cuestión de la compatibilidad de la solución jurisprudencial de este caso con el concepto de dolo que considero correcto

Ahora bien, ¿qué sucede con *este caso* del zarandeo del bebé? Dijimos que puede aceptarse que no está probado que su padre, al momento del hecho, se representó el riesgo concreto de lesionarlo. El punto entonces es: ¿fue irracional su ignorancia, y podríamos estar en consecuencia ante un posible responsable doloso, por lo menos de conformidad con mi tesis? ¿O

¹⁸ Al respecto hay diferencias sutiles entre el derecho anglosajón y el continental, pero no interesan aquí.

¹⁹ Véase PÉREZ BARBERÁ, «Dolo, imprudencia, ceguera ante los hechos», *InDret*, (2), 2023, pp. 684 ss.

fue atendible su falta de representación? Ya he explicado en otro lugar qué cabe entender por «atendible» en estos contextos²⁰. Aquí simplemente diré que habría un caso claro de atendibilidad si un agente generase un riesgo bajo y no se lo representase. Porque un riesgo bajo que, además, uno ni siquiera se representa, difícilmente puede controlarse y, por tanto, evitarse. En esos casos la ignorancia es atendible y lo habitual y correcto es hacer responsable al agente a lo sumo por imprudencia.

El problema en torno a este caso, con todo, es que el papá de ese bebé, al zarandearlo, no generó un riesgo bajo de lesiones, sino un riesgo muy elevado, quiero decir, objetivamente muy elevado. De todas maneras, a mi modo de ver, incluso si se provoca un riesgo así, muy elevado, podría ser atendible que el agente no se lo represente como concreto en función de ciertas circunstancias. Es precisamente lo que, en mi opinión, ocurrió en este caso, como enseguida veremos.

Sin embargo, en este punto no estamos de acuerdo todos los que comentamos la sentencia del TS en esta sección. Mauro ROCCASALVO, de hecho, afirma lo contrario, en el sentido de que no cree que el acusado, al zarandear al bebé como lo hizo, generase un riesgo elevado. Para decirlo con más precisión, ROCCASALVO opina que el peligro generado por el padre del bebé no es, en la terminología de PUPPE, un «peligro de dolo», o, en la de HERZBERG, un «peligro descubierto (o no asegurado)»; o por lo menos cree que no hay prueba que permita aseverar, más allá de toda duda razonable, que esa fue la clase de peligro provocada por el acusado²¹.

Este contrapunto es crucial para poder arribar a una solución correcta del caso. Porque si, objetivamente, el peligro en cuestión es muy elevado (como yo lo creo), entonces su mera representación, aunque el agente confíe en que no se realizará en un resultado que avizora como concretamente posible, permitiría una atribución de responsabilidad por dolo; y no solo por lo que yo digo respecto del concepto de dolo y de las confianzas irracionales, sino ya en función de la propuesta de PUPPE. En cambio, si dicho peligro no fuese demasiado elevado (como cree ROCCASALVO), aun cuando el autor se lo represente y *no confíe* en que no se realizará, siempre según PUPPE habría que imputar imprudencia. Se ve entonces que dilucidar cuán elevado fue, objetivamente, el riesgo creado por el acusado en este caso es un punto que requiere más análisis. Me ocuparé de ello a continuación.

Ya sabemos que no es lo mismo «peligro de dolo» (PUPPE) que «peligro descubierto» (HERZBERG), por nombrar las dos caracterizaciones a las que se refirió ROCCASALVO para concluir que aquí no hubo ni una cosa ni la otra. Simplificando mucho, puede decirse que, para PUPPE, peligro de dolo es el que, objetivamente, ostenta una muy elevada entidad²². HERZBERG, en cambio, entiende que lo que caracteriza al peligro arquetípicamente doloso es el hecho de que, una vez llevada a cabo la conducta típica, no hay manera de que el autor, por voluntad de evitación, o que la víctima, por habilidad defensiva, puedan conjurar el peligro creado; por tanto, si el peligro en cuestión no se realiza en el resultado correspondiente será por puro azar: ese sería un «peligro descubierto», con independencia de su entidad objetiva²³.

²⁰ Véase PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 766 ss.

²¹ Véase ROCCASALVO, apartado 4 de su comentario a este fallo.

²² Véase PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», *ZStW*, (103), 1991, pp. 1 ss.

²³ Véase HERZBERG, «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes», *JuS*, (26-4), 1986, pp. 249 ss.

Miremos este caso, primero, con las lentes de HERZBERG: creo que no puede dudarse de que zarandear a un bebé de once días de edad genera un peligro descubierto: tras el zarandeo, quien lo ejecuta nada puede hacer para evitar las lesiones neurológicas que puede causar, y obviamente nada puede hacer tampoco la víctima: es un bebé. Para el mencionado autor, entonces, este sería un caso claro de peligro descubierto y, si el agente se lo representa, su realización en el resultado debería serle imputada como dolosa. Miremos ahora el hecho desde la óptica de PUPPE: me parece evidente, asimismo, que este sería un caso de peligro de dolo: hay evidencia empírica –valorada en este proceso– que deja en claro que es altamente probable que zarandear a un bebé de esa edad le cause lesiones neurológicas graves, como de hecho ocurrió.

Es más, de conformidad con literatura médica de seriedad incuestionable, las lesiones concretas sufridas por este bebé fueron tan graves que resultan compatibles únicamente con un zarandeo significativo, es decir, enérgico y hasta violento. Ello suma razones, entonces, para concluir que el riesgo de lesiones que ese padre generó en su hijo fue elevadísimo. Voy a concentrarme en solo algunas de esas lesiones, para no abrumar al lector. Véase esta cita, proveniente de una de las obras de literatura médica más citadas sobre traumas craneales en niños:

«El zarandeo *violento* provoca un movimiento rotatorio extremo del cerebro dentro del tejido craneal... Como resultado, se observan hemorragias subdurales y subaracnoideas, lesiones cerebrales axonales focales y difusas, y hemorragias retinianas y retinosquiasis con fuerzas inerciales»²⁴.

Pues bien, no puede dejar de hacerse notar que el bebé de este caso sufrió hemorragias subdurales y retinianas²⁵, precisamente dos de las lesiones que en esa cita bibliográfica se consideran compatibles con zarandeo violento y que, por lo demás, son muy habituales en casos de «*shaken baby syndrome*» (síndrome del bebé zarandeado o sacudido)²⁶. En particular sobre las hemorragias retinianas y subretinianas, la literatura médica indica que son «una manifestación *cardinal* del traumatismo craneal por maltrato caracterizado por aceleraciones y desaceleraciones repetidas con o sin impacto contundente (síndrome del bebé sacudido)»²⁷. Y si a ello le sumamos la encefalopatía hipóxica, que también sufrió este bebé, entonces la evidencia de que hubo zarandeo violento se fortalece, dada la extrema gravedad de esa lesión cerebral, por lo general irreversible y explicable en altísimo grado por maltratos abusivos²⁸.

Digo que la evidencia en favor de un peligro muy elevado «se fortalece» porque está avalada por un conjunto de indicios concordantes. Recuérdense algunas de las lesiones sufridas por el bebé del caso: estatus convulsivo, encefalopatía hipóxica, hemorragia intraventricular cerebral, hemorragia subdural, hemorragia subaracnoidal traumática, hemorragia subretiniana e hidrocefalia posthemorrágica. *Cada una* de estas lesiones es señalada por la literatura médica

²⁴ TUNG, «Imaging of Abusive Head Trauma», en JENNY (ed.), *Child Abuse and Neglect: Diagnosis, Treatment, and Evidence*, 2011, p. 376 (cursiva agregada).

²⁵ Véanse al respecto las sentencias de primera y de segunda instancia. En la sentencia del TS los nombres de las lesiones han sido erróneamente incluidos en los datos a mantener anónimos.

²⁶ Véase RORKE-ADAMS, «Neuropathology of Abusive Head Trauma», en JENNY (ed.), *Child Abuse and Neglect: Diagnosis, Treatment, and Evidence*, 2011, pp. 414 s.

²⁷ LEVIN, «Eye Injuries in Child Abuse», en JENNY (ed.), *Child Abuse and Neglect: Diagnosis, Treatment, and Evidence*, 2011, p. 403 (cursiva agregada, paréntesis en el original).

²⁸ «Al menos el 75 % de los bebés y niños maltratados presentan lesiones hipóxico-isquémicas en el cerebro y/o la médula espinal» (RORKE-ADAMS, en JENNY, (ed.), *Child Abuse and Neglect: Diagnosis, Treatment, and Evidence*, 2011, p. 423).

citada hasta aquí como indicadora *suficiente* de zarandeo violento. Pues bien, el bebé en cuestión las tuvo a *todas*: no cabe sino concluir, entonces, que hubo zarandeo violento y que, por tanto, se generó un riesgo de lesiones elevadísimo, atento la edad del bebé. Cualquier duda que se plantease al respecto sería, en mi opinión, no una duda razonable, sino meramente teórica y por tanto inidónea para activar el *in dubio pro reo*.

El TS (voto mayoritario) recorrió ese camino equivocado de la duda meramente teórica, afirmando que no se puede descartar que el padre sostuviera de algún modo la cabeza del bebé al zarandearlo, y que por tanto tampoco puede descartarse que el peligro realmente generado no fue de tan elevada entidad. Bueno, por supuesto que nada puede descartarse totalmente (en eso precisamente se basa la «duda teórica»). Pero al respecto cabe señalar tres cosas: en primer lugar, que la literatura médica no diferencia entre zarandeo con o sin sostén de la cabeza²⁹; en segundo lugar, que es de sentido común admitir que también un zarandeo con sostén de cabeza puede ser extremadamente riesgoso en términos neurológicos, en particular si se trata de un bebé con apenas once días de nacido; y en tercer lugar, que las lesiones en concreto sufridas por ese bebé fueron todas compatibles con zarandeo violento (como se vio), por lo que no cabe sino concluir que lo hubo. La circunstancia del sostén de la cabeza es en consecuencia irrelevante y tomarla en cuenta, por tanto, no importa plantear una duda razonable respecto de la entidad del peligro, sino una pura duda teórica.

Conforme a todo esto, entiendo que está realmente probado en el caso –más allá de toda duda razonable– que el peligro generado por el acusado al zarandear a su niño fue de elevadísima magnitud. Lo suficientemente elevada como para que, si pudiera decirse que se lo representó en concreto, una autora como PUPPE y yo mismo concluiríamos sin más que hay dolo³⁰, incluso si estuviese probado que el agente confió en que ese peligro no se realizaría. Según mi punto de vista, entonces, lo interesante de este caso pasa no por negar la enorme entidad del peligro que el acusado creó, sino en explicar por qué, pese a haber provocado un peligro así, no puede imputársele más que lesiones imprudentes.

La razón principal que lleva este caso al terreno de la imprudencia reside, tal como lo he señalado más arriba –y como también lo afirma ROCCASALVO que en esto sí tiene toda la razón–, en que no puede afirmarse que el padre del bebé se representó el peligro concreto que generó³¹. Frente a ello, tanto HERZBERG como PUPPE negarían sin más el dolo, mientras que otros autores como JAKOBS, PAWLIK, ROCCASALVO y yo mismo diríamos algo así como «veamos...». Porque podría tratarse de un caso de ignorancia crasa (o «ceguera ante los hechos») y los cuatro pensamos que, dadas ciertas condiciones, esa clase de ignorancia –intrínsecamente irracional– puede, llegado el caso, ser imputada como dolosa.

Ahora bien, y otra vez: ¿es el mero hecho de que un agente no se represente un riesgo muy elevado lo que torna sin más irracional esa falta de representación? Ya expliqué que no, que tal irracionalidad es predicable en función no solo de lo que se ignora, sino también de lo que se sabe, y no solo de lo que se sabe en abstracto, sino de lo que se sabe en concreto respecto de lo que se hace. De hecho, en otro lugar he argumentado detalladamente acerca de por qué la elevada

²⁹ En el libro que vengo citando, editado por Carole Jenny, no he encontrado una sola referencia al respecto en los diez capítulos dedicados a traumas craneales por abuso o maltrato en niños.

³⁰ No está de acuerdo con esto PÉREZ MANZANO. Véase su comentario a este fallo, apartado 1 y *passim*.

³¹ Véase ROCCASALVO, apartado 3 de su comentario a este fallo.

entidad del peligro no es todo lo que cuenta para afirmar que es irracional una ausencia de representación³².

Lo que creo es que el acusado, en este caso, al momento del hecho tenía el conocimiento nomológico-general de que zarandear a un bebé de tan corta edad es extremadamente peligroso. Pero eso lo hace consciente solo de un riesgo abstracto, por elevado que sea. Sin embargo, para que sea robusta la base epistémica con la que cuenta un agente al momento de llevar a cabo su conducta, de modo que deba ser considerado irracional lo que ignore, es necesario que aquella esté conformada, también, por conocimientos de circunstancias indicativas del riesgo *concreto* que genera lo que *él* hace.

En el caso de los jugadores de rugby, al que ya me referí, los coautores no se representaron como posible dar muerte a la víctima, pero sí eran conscientes, al momento del hecho, de que le pegaban violentas patadas en la cabeza, etc. Es decir, estaban al tanto de circunstancias específicas de su accionar concreto y, en consecuencia, conocían lo suficiente como para que evitar les fuese extremadamente sencillo. Eso es lo que permite afirmar que su falta de representación de la posibilidad del resultado típico fue irracional y que, como tal, no conmovió la base epistémica robusta con la que contaban al momento de actuar. Se daban entonces, allí sí, todas las condiciones, epistémicas y normativas (o fácticas y jurídicas) individualmente necesarias y conjuntamente suficientes para que esté justificada una imputación por dolo (eventual). ¿Pero puede decirse lo mismo respecto del padre de este bebé?

Creo que no. Fuera de aquella representación «en segundo plano» del riesgo abstracto al que me referí, ¿qué se representó ese padre, en concreto, al momento de zarandear a su hijo? La verdad, no lo sabemos: no hay prueba reunida al respecto. Esa duda, entonces, tiene que jugar a su favor. Hay que asumir, entonces, que al momento del hecho no se representó el riesgo concreto que su zarandeo le generaba a su hijo. Y si ello es así, en un caso como este no es viable afirmar la irracionalidad epistémica de esa falta de representación.

Porque este «caso del zarandeo» es distinto al de los jugadores de rugby. Este último fue, digámoslo así, un «hecho en etapas» (por más que duró menos de un minuto), incluso desde que comenzó la violencia: los victimarios, al momento del hecho, golpearon primero con sus puños a la víctima, sabiéndolo; después, una vez derribada, le pegaron patadas en la cabeza, sabiéndolo y sabiendo que estaba indefensa. Frente a eso, fue epistémicamente irracional que no se representaran siquiera la posibilidad de su muerte, lo que, por lo demás, era creíble porque en varias peleas anteriores y similares no habían matado a nadie. Los rugbistas, entonces, pese a esa falta de representación del resultado típico contaban con la base epistémica robusta que mencioné antes, necesaria para que la posibilidad de evitación sea elevada y que, por tanto, esté normativamente fundada una imputación por dolo (porque es justo exigir más de quien puede más, etc).

³² *Ibid.* Como indicadores válidos (pero solo como indicadores) en favor de ignorancias atendibles cuentan, entre otras cosas, la amenaza de pena natural (que en este caso, *in dubio pro reo* mediante, jugaría en favor del padre del bebé, dado que no está claro si amaba realmente a ese hijo o si de verdad quería que naciese muerto), la voluntad de evitación (¿cuenta como eso no dificultar el traslado del niño al hospital?) y otras cuestiones emocionales. Acerca de la amenaza de pena natural véase JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, 1/7a; acerca de la voluntad de evitación véase KAUFMANN, Arm., «Der dolus eventualis im Deliktsaufbau», ZStW, (70), 1958, pp. 64 ss.; acerca de la importancia de las emociones incluso para la atribución de responsabilidad penal véase SILVA SÁNCHEZ, PG, 2025, pp. 726 s., 891 ss.

En el caso de esta sentencia, en cambio, todo lo que puede tenerse por probado es que se trató de un hecho súbito, iniciado y agotado en un instante, en el que el padre actuó por impulso. ¿Qué se puede decir, entonces, que supiera respecto de lo que hacía para que sea posible afirmar –con el estándar de prueba propio de una condena– que su conocimiento abstracto devino concreto? Yo creo que nada. No estamos, entonces, ante un desconocimiento o falta de representación (del riesgo concreto) que pueda ser imputado como doloso. De allí que, incluso aplicándose un concepto de dolo como el mío, más amigable con la idea de que se pueden castigar como dolosos casos de desconocimiento, no queda más que imputar a ese padre por lesiones imprudentes. Y por imprudencia inconsciente. Porque, como vimos, si pudiera tenerse por probado que el acusado se representó la posibilidad concreta de lesionar a su hijo, dada la muy elevada entidad del peligro habría que imputarle dolo³³.

8. La cuestión de la «normativización» del dolo

Ahora bien, ¿son «normativos» los conceptos de dolo desarrollados por PUPPE, JAKOBS, PAWLIK, ROCCASALVO y yo mismo? ¿Y son «naturalísticos» o «psicológicos» los conceptos de dolo de la doctrina dominante –una de cuyas representantes más agudas en España es sin dudas PÉREZ MANZANO– y de la jurisprudencia del TS? A mi modo de ver, esas etiquetas no resisten el análisis, y además provocan confusión. El dolo es *por definición* un concepto normativo, porque no es otra cosa que una categoría jurídica de atribución de responsabilidad justificada además en razones morales³⁴. Todos los conceptos de dolo son, pues, normativos. Deberían abandonarse estas clasificaciones, lamentablemente tan extendidas y utilizadas también, con notable imprecisión además, por el TS, como bien lo remarca ROCCASALVO en su comentario, cuando señala la inconsistencia que implica afirmar que un concepto «puramente cognitivo» de dolo es, *eo ipso*, «normativo»³⁵.

ROCCASALVO, sin embargo, insiste en diferenciar entre conceptos «psicológicos» y «normativos» de dolo. Y yo insisto en remarcar que, a mi modo de ver, en eso se equivoca, posiblemente por enfocarse más en el epifenómeno usualmente asociado a las imputaciones dolosas que en el significado y en el fundamento del dolo como categoría de imputación. Debo reconocer, no obstante, que en una breve frase él ha logrado aislar con notable precisión por qué, desde ciertos lugares, a algunos conceptos de dolo se los considera «normativos». Dice en concreto que un concepto normativo de dolo es aquel que, «además de un componente fáctico a ser atribuido al agente, requiere también un elemento de valoración que opera sobre la base fáctica previamente aludida..., [como] por ejemplo si para el dolo se requiriese verificar una representación que sea valorada como racional»³⁶.

Creo que, en efecto, es exactamente esto lo que se piensa cuando se califica a un concepto de dolo como normativo. Sin embargo, como el término «normativo» es ambiguo puede inducirnos

³³ Otra vez: es lo que dirían incluso PUPPE, con base en su distinción entre «peligro de dolo» y «peligro de imprudencia», y HERZBERG, conforme a la suya entre «peligro cubierto» y «peligro descubierto».

³⁴ En mi caso, con apoyo en razones de justicia distributiva; en el caso de JAKOBS y de PAWLIK, con base en razones centradas en la incorrección moral de la motivación del agente (por actuar con indiferencia, desaprensión, egoísmo, etc.). He argumentado extensamente en contra de que, como fundamento del dolo, cuente la reprochabilidad de los motivos, sobre todo en PÉREZ BARBERÁ, en EL MISMO (ed.), *Pena, ilícito y culpabilidad*, 2022, en los lugares citados.

³⁵ Véase ROCCASALVO, apartado 2 de su comentario a este fallo.

³⁶ ROCCASALVO, apartado 2 de su comentario a este fallo. He omitido las cursivas y los paréntesis del original.

a error, incluso a un error categorial. Los juristas, por lo general, cuando en contextos como este utilizan el vocablo «normativo» para describir un concepto se refieren o bien a un concepto generado exclusivamente por el derecho, o bien a valoraciones morales o jurídicas que son relevantes para el derecho, o bien a un concepto no jurídico que ha sido modificado por el derecho para asignarle un significado (jurídico) diferente al usual. Todos estos son, desde luego, usos acertados del término «normativo».

Ahora bien, tal como lo he dicho en otros lugares³⁷, hay también «normatividades» que no son jurídicas, ni morales. De hecho, para ir directo al punto en el que hace hincapié ROCCASALVO, hay claramente una normatividad en la racionalidad epistémica. Porque, como vimos, si conocemos *p*, entonces «debemos» conocer *q*. Y es desde luego en función de esa normatividad que evaluamos a un estado mental –o a su ausencia– como racional o irracional. Pero, cabe insistir, esa normatividad no tiene su fuente en el derecho ni en la moral, sino en el mundo, o en cómo está conformado el mundo. Para fundar esa normatividad entran en consideración, por supuesto, «leyes» y «reglas», pero se trata de leyes de la naturaleza (causales) y de reglas de experiencia (probabilísticas) que debemos conocer para orientarnos correctamente y no sucumbir en el entorno y, también, de las reglas de la lógica (inductiva) que debemos seguir para inferir más conocimiento a partir de lo que ya sabemos. No son, pues, normas en sentido deóntico, propias del razonamiento práctico, sino «normas» que nos permiten *explicar* el mundo, y que por tanto cumplen una función puramente descriptiva (el famoso método *nomológico*-deductivo incluye en su designación la palabra «nomológico» precisamente porque alude a esa clase de normas)³⁸.

Por tanto, «valorar» una representación o una ignorancia como racional o irracional es ciertamente una operación normativa en el sentido indicado, pero no jurídica, sino epistémica. Si tenemos esto en claro y decimos que un concepto de dolo es normativo porque considera relevante la realización de valoraciones epistémicas, entonces la utilización del vocablo «normativo» para caracterizar esa comprensión del dolo no sería conceptualmente problemática. Sin embargo, yo la desaconsejaría, porque este sentido del vocablo «normativo» se aleja considerablemente del significado que los juristas asignan usualmente a ese término y, por tanto, habría que dar demasiadas precisiones para hacerse entender. De hecho, tengo la impresión de que ROCCASALVO, al hablar allí de un concepto normativo de dolo, por las razones que invoca lo hace asumiendo que la normatividad en cuestión es jurídica, y si es así, entonces estaría cometiendo un error, incluso categorial.

Como lo he demostrado en otro lugar, lo que diferencia, por ejemplo, al concepto de dolo dominante, por un lado, del que proponen JAKOBS y PAWLIK (e incluso ROCCASALVO y yo mismo), por el otro, es que parten de premisas normativas diferentes; pero otra vez: *todos* son normativos. Explicitar esas premisas normativas (algo por lo que ni la doctrina dominante, ni JAKOBS ni PAWLIK se preocupan en absoluto) es interesante. Porque permite descubrir, por ejemplo, que la premisa normativa de la que parte un concepto de dolo como el mío y, también, el de PUPPE y el de ROCCASALVO, entre otros, es la misma de la que parte la doctrina dominante, a saber: es justo que a quien puede más se le exija más. Y esto pone en evidencia que, aunque ROCCASALVO y yo arribemos a resultados similares a los de JAKOBS y PAWLIK en materia de ignorancia crasa o ceguera ante los hechos, nuestra fundamentación tiene más un aire de familia con la que,

³⁷ Véase por ejemplo PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 741 ss.

³⁸ Véase nuevamente PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 741 ss.; también EL MISMO, «Kausalität und Determiniertheit», *ZStW*, (114), 2002, pp. 600 ss.

implícitamente, asumen la doctrina y jurisprudencia dominantes³⁹. Mis diferencias con quienes defienden conceptos de dolo más tradicionales aparecen, entonces, cuando inferimos, no en nuestro punto de partida común.

9. La cuestión de la prueba de los estados mentales

Finalmente, corresponde que me detenga aquí, siquiera brevemente, en un tema que no pensaba abordar, pero al que tendré que dedicarle algunas consideraciones en virtud del muy ilustrado comentario de José Manuel PAREDES CASTAÑÓN. Me refiero a las cuestiones epistémicas vinculadas no ya con la cuestión de la racionalidad de ciertos estados mentales, sino, más en general, con el derrotero justificatorio que debería ser recorrido para, en un proceso penal, poder tenerlos por probados (a los estados mentales, no al dolo)⁴⁰ más allá de toda duda razonable.

El trabajo del distinguido colega de la Universidad de Oviedo es lisa y llanamente magnífico; ojalá hubiera más contribuciones como esta en nuestro ámbito. Me unen a él, por lo que he leído en esta contribución y en otras anteriores de su autoría, fuertes lazos temáticos y bibliográficos. No menos intenso es, sin embargo, mi desacuerdo con su propuesta. Estoy seguro de que PAREDES CASTAÑÓN tiene claro que ha planteado ideas disruptivas y que estas se caracterizan, entre otras cosas, por invitar a la polémica. Con todo, si ingreso con énfasis a ese lugar es no solo por aceptar el convite, sino, antes bien y en primer lugar, porque su aporte me parece interesante; y, en segundo lugar, porque considero inapropiadas las consecuencias institucionales que traerían aparejadas sus afirmaciones centrales, y creo por tanto que es urgente encender allí una luz de alerta centelleante.

PAREDES CASTAÑÓN se opone explícita y enfáticamente a la perspectiva propia del sentido común en materia de prueba de los estados mentales⁴¹; sin embargo, eso no le ha impedido seguir, en algún aspecto, a Daniel GONZÁLEZ LAGIER⁴², un convencido defensor de esa perspectiva de sentido común⁴³. Yo soy otro: también he escrito bastante en apoyo de esa perspectiva⁴⁴. Intenté, básicamente, ofrecer una fundamentación sofisticada para una forma de ver las cosas que es simple, sí, pero no por ello desacertada. Para decirlo de otra manera, no creo que el modo un tanto tosco con el que, a veces, la perspectiva de sentido común es aplicada y justificada en algunos tribunales sea una razón para abandonarla. Ello debería estimularnos, en todo caso, a intentar dotarla de una mejor fundamentación.

³⁹ He podido constatar esto leyendo la estupenda tesis doctoral de Roccasalvo sobre el concepto de dolo, que tuve el gusto de evaluar. Aún no está publicada.

⁴⁰ El dolo no es susceptible de prueba porque no es un hecho, sino una categoría jurídica de atribución de responsabilidad. He fundamentado esto con detalle en mi tesis doctoral (*El dolo eventual*, 2011, pp. 702 ss.; también en PÉREZ BARBERÁ, «La prueba de estados mentales eventualmente relevantes para la imputación por dolo», en ROVATTI/LIMARDO (dirs.), *Pensar la prueba*, v. 3, 2023, pp. 123-163). PAREDES CASTAÑÓN, sin embargo, persiste en referirse a la prueba *del dolo* (véase el título mismo de su comentario a este fallo), cuando en rigor su análisis se refiere, como corresponde, a la prueba de los estados mentales.

⁴¹ Véase los puntos 2 y 3 de su comentario a este fallo, y *passim*.

⁴² Véase la nota a pie 3 de su comentario a este fallo.

⁴³ Véase GONZÁLEZ LAGIER, «Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales. Una defensa de los criterios de 'sentido común'», *Quaestio Facti*, (3), 2022, pp. 49-79.

⁴⁴ Véase nuevamente PÉREZ BARBERÁ, «La prueba de estados mentales eventualmente relevantes para la imputación por dolo», en ROVATTI/LIMARDO (dirs.), *Pensar la prueba*, v. 3, 2023, pp. 123 ss.

PAREDES CASTAÑÓN ha citado también a QUINE⁴⁵, quien, seguramente con más penetración que nadie, ha refutado al empirismo radical, y consecuentemente rechazado el escepticismo epistemológico al que conduce⁴⁶. PAREDES, sin embargo, a partir de ciertas proposiciones de las disciplinas cognitivas más contemporáneas infiere conclusiones que están muy cerca de alguna forma de empirismo radical. Y, consecuentemente, desemboca en un escepticismo epistemológico que él presenta como indeseable y quizá superable con el tiempo pero que, por dificultades probatorias supuestamente insalvables por ahora, lo fuerza a considerar meramente imprudentes o impunes muchos casos que no menos juristas, sin más, considerarían dolosos⁴⁷; precisamente porque, por buenas razones, no tendrían dificultad alguna en tener por probados ciertos estados mentales, incluso más allá de toda duda razonable. Por supuesto, no importa demasiado si con esto PAREDES se aleja de QUINE (o de lo más importante que QUINE nos legó); lo que sí me parece preocupante es que lo que plantea lo aleja del sentido común⁴⁸.

Por lo general, los planteamientos escépticos presentan cierto atractivo frente a algunos casos difíciles. Pero ese encanto inicial suele diluirse, y muy rápidamente, ante los casos fáciles. Toda una señal de que tienen que estar equivocados. Es lo que sucede, a mi modo de ver, con el análisis de PAREDES CASTAÑÓN: en virtud de lo que él cree que ocurre con ciertos casos difíciles abjura en general de la metodología tradicional para probar estados mentales. Sin embargo, admite que esa metodología es idónea para dicha prueba en los casos fáciles⁴⁹. Esos pasos de su razonamiento no solo son lógicamente inconsistentes entre sí, como salta a la vista, sino que, además, evidencian una estrategia para enfrentar este problema que, me parece, es equivocada.

Porque, aun asumiendo meramente por hipótesis que las cosas son así (esto es, que la perspectiva tradicional o del sentido común no es idónea para probar estados mentales en casos difíciles), ¿por qué deberíamos abandonarla si a la vez admitimos que funciona con los casos fáciles? Más razonable sería considerarla correcta precisamente porque nos brinda resultados satisfactorios con los casos centrales y, en todo caso, ver si podemos afinarla para que, de a poco, conquiste también algunos terrenos de la periferia⁵⁰. Al fin y al cabo, siempre surgirán casos difíciles que hagan tambalear un poco las cosas, pero eso no será un problema para las teorías establecidas si todavía pueden dar cuenta de lo arquetípico. Frente a ello, incluso en casos extremos seguramente lo más adecuado no será mostrarse escéptico, sino presentar una teoría nueva que permita resolver satisfactoriamente la aparición de lo difícil y que, en cuanto a lo fácil, integre a la tradición en sus postulados.

Por lo demás, si se trata de la prueba de los estados mentales, o bien una metodología es idónea para verificarlos empíricamente o no lo es. Y si se asume que lo es en casos fáciles, entonces lo

⁴⁵ Véase la nota a pie 26 de su comentario a este fallo.

⁴⁶ Véase QUINE, «Dos dogmas del empirismo», en EL MISMO, *Desde un punto de vista lógico*, 1962, pp. 49 ss.

⁴⁷ Véase el punto 7 de su comentario a este fallo.

⁴⁸ Sin embargo, y como vimos, eso sería lo que PAREDES CASTAÑÓN quiere.

⁴⁹ Véanse los puntos 2, 6 y 7 de su comentario a este fallo.

⁵⁰ ARISTÓTELES, WEBER, HART, RAZ, FINNIS y GARDNER, entre otros, nos han enseñado que una teoría que se concentra en el núcleo o «caso central» de su objeto, lo explica satisfactoriamente y solo se resquebraja un poco frente a algunos casos marginales puede y suele ser una buena teoría; al fin y al cabo, habrá explicado bien lo que más nos importa. En cambio, es una mala teoría aquella que, por concentrarse en los casos marginales y no poder explicarlos, abandona su empresa por tildarla de imposible pese a estar en condiciones de explicar los casos fáciles: una teoría así no nos habrá explicado nada. La cita canónica al respecto es FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, s/f, pp. 59-61: allí pueden verse algunas de las otras referencias aludidas en esta nota a pie. Además, véase GARDNER, «Casi derecho natural», en EL MISMO, *El derecho como un salto de fe*, 2022, pp. 155 ss.

que se admite es que, con esa metodología, se pueden probar estados mentales. PAREDES CASTAÑÓN, sin embargo, niega esto último, y presenta a los casos fáciles como si fuesen desviados o anómalos (de hecho, lo son en su planteamiento, pero ese es precisamente el error en el que, a mi juicio, incurre). Es decir, procede exactamente al revés de lo que sugiere la tradición analítica a la que él, con toda evidencia, también adscribe. Si una metodología probatoria permite dar cuenta de los casos fáciles, entonces, otra vez, lo razonable es pensar que, con algunos ajustes, incluso de fondo, podrá hacerlo también con muchos de los periféricos. Para los pocos casos marginales que queden afuera estará esperando allí, justificadamente, el *in dubio pro reo*. Lo que no puede ser correcto es llevar las cosas a un lugar tal que el *in dubio* abandone su puesto de emergencia para ubicarse en el centro del campo, que es más o menos lo que sugiere PAREDES.

Fuera de todo esto, lo importante para mí es dejar sentado que, tal como creo haberlo demostrado en otro lugar⁵¹, no es verdad que la perspectiva de sentido común, en materia de prueba de estados mentales, muestre rápidamente dificultades ante casos periféricos, y que sea idónea solo para casos arquetípicos. Precisamente porque sirve para resolver estos últimos es que se trata de una metodología idónea para probar estados mentales. Como tal, funciona para un amplísimo abanico de supuestos, incluso difíciles, tal como surge de lo hacen cientos de tribunales penales todos los días sin generar por ello ninguna sospecha de ilegitimidad. ¿Será que *todos* están equivocados? Al menos no les corresponde a ellos demostrar que no: la carga de la prueba, también aquí, queda en manos del acusador⁵².

⁵¹ Véase nuevamente PÉREZ BARBERÁ, «La prueba de estados mentales eventualmente relevantes para la imputación por dolo», en ROVATTI/LIMARDO (dirs.), *Pensar la prueba*, v. 3, 2023, pp. 123 ss.

⁵² Quien, por lo menos en esta ocasión, me parece que no ha dado en el blanco.

El (impulsivo) zarandeo de bebés: ¿dolo o imprudencia?

Comentario a la STS 1175/2024, de 20 de diciembre

Mauro Roccasalvo
luscrim.bcn
mauro.roccasalvo@gmail.com

-

1. Introducción

La sentencia que toca comentar, tanto en lo que atañe al voto mayoritario como al particular, presenta aristas que difícilmente pasen inadvertidas para cualquier interesado en la dogmática del dolo. Mi aporte en este texto, lejos de intentar agotarlas todas, será sólo apuntar tres de ellas, esperando que el lector las encuentre dignas de atención. La primera, a ser abordada en el punto 2, consiste en resaltar los ya constantes déficits en que incurre el TS al momento de explicar qué entiende por dolo. La exposición será breve pues sólo busca alertar sobre una práctica que lejos está de ayudar a la *praxis* jurídica. La segunda y siguiente, que motiva el punto 3, es de índole procesal y se vincula a la correcta reconstrucción de la plataforma fáctica sobre la que, al menos a mi juicio, debería sustentarse la resolución del caso. Aquí buscará introducirse cuestiones que, lamentablemente, han sido obviadas en el voto mayoritario, mas también en el particular que reproduce el objeto de acusación empleado por las dos instancias previas. La tercera y última cuestión, que da lugar al apartado 4, retoma la dimensión conceptual e intenta poner en crisis la tesis del voto particular, es decir, aquella que indica que la plataforma fáctica heredada, una vez convalidada, debe dar lugar a la calificación del hecho como doloso. En este aspecto, la solución que se propondrá será concordante con la del voto mayoritario, aunque no por las razones que ella invoca. En el apartado 5, dedicado a las conclusiones, se resumirán los puntos esenciales de este aporte.

2. Sobre el recurrente problema de la forma en que el TS expone su concepto de dolo

Qué entiende el TS por dolo no es algo que pueda ser resuelto en un simple comentario jurisprudencial. No obstante, sí corresponde observar, con la brevedad enunciada en el apartado previo, que la vía que suele emplear para expresarlo, en lugar de echar luz sobre el asunto, no hace más que causar confusión. Lejos queda aquella época en que el TS, abandonando su tradicional *descripción* volitivista, propusiera un entendimiento del dolo restringido al elemento cognitivo. Aquí poco importa si, en efecto, con anterioridad al caso del *aceite de colza* la voluntad jugaba un papel en la resolución de casos¹, así como tampoco si esta sentencia implicó un cambio

¹ Crítico al respecto, GIMBERNAT ORDEIG, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida», *ADPCP*, (43-2), 1999, pp. 421 ss.

realmente trascendente en materia de dolo². Lo digno de destacar es que, en aquel entonces, era meridianamente claro qué es lo que el TS, al menos en términos *explicativos*, sostenía en sus sentencias. Si la solución del caso demostraba que el *concepto* utilizado era disímil al *explicado*, se trataba, en última instancia, de un tema diferente: el *concepto* y la *definición* del dolo debían ser compatibilizados. El problema de estos tiempos, recurrente desde hace ya más de una década, es que las explicaciones que se brindan distan de ser mínimamente claras. Quien aborde los FDs 1.6 a 1.8 del voto mayoritario no se encontrará sino con una verdadera quimera explicativa.

A modo de ejemplo: si conforme intenta sostenerse, el TS ha abandonado una concepción volitivista del dolo en favor de una propuesta cognitivista, ¿por qué a esta última se la denomina, sin mayor aclaración, *normativista*?³ ¿Desde cuándo un concepto *psicológico*, al renunciarse a uno de sus elementos (en este caso el de la volición), se transforma sin más en un concepto *normativo*? Pongamos blanco sobre negro: un concepto de dolo es *descriptivo-psicológico* (es decir, descriptivo de una realidad psicológica) cuando su aplicación a un caso se ve satisfecha con la mera atribución al agente de un determinado estado mental; en cambio, es *normativo* cuando, además de un componente fáctico a ser atribuido al agente, requiere también un elemento de valoración que opera sobre la base fáctica previamente aludida⁴. Dicho de forma simple: cuando requiere del aplicador del derecho que valore (le otorgue una determinada entidad o característica a) este sustrato previa y procesalmente atribuido. Así pues, parece evidente que un concepto *normativo* es semánticamente más rico que uno *psicológico*, lo cual hace de la afirmación del TS algo improcedente: la renuncia al elemento valorativo bien puede reducir el concepto a uno de carácter psicológico, pero de ningún modo al revés.

Permítaseme aquí una breve aclaración. Reconozco que la clasificación ensayada, a mi juicio útil para un mejor entendimiento de las teorizaciones al uso, puede ser objetada por parte de la doctrina. A modo de ejemplo, PÉREZ BARBERÁ sostiene que, en realidad, todo concepto de dolo resulta normativo⁵. ¿Es esto correcto? Según entiendo, el motivo de nuestra discrepancia radica en que PÉREZ BARBERÁ otorga a lo normativo una semántica más amplia que la que yo le brindaría. Para empezar, no creo que se oponga a la descripción que he brindado sobre cuándo un concepto es normativo. En todo caso, sólo se trataría de una de las alternativas posibles. Sin embargo, la afirmación que da origen a este análisis parece tener causa en otra de las acepciones que PÉREZ BARBERÁ concibe admisible: el concepto de dolo sería normativo porque la delimitación de sus presupuestos viene guiada por una razón de mayor castigo⁶. La última parte de esta frase merece mi total adhesión. De hecho, también comparto que esta razón subyacente consiste en que «quien (debiendo) puede más, debe entonces más»⁷, es decir, en un principio constitutivo de nuestras sociedades, llamativamente ausente en la dogmática del dolo y traído a la discusión, hasta donde alcanzo por primera vez, por el mismo PÉREZ BARBERÁ. Es la frase en su conjunto la que, no obstante lo dicho, genera mi discrepancia. A mi entender, que el concepto de dolo se construya a partir de una razón de mayor castigo es lo que hace de él un concepto *funcional* (es

² Sobre el punto, puede consultarse los reparos que la misma sentencia admite (STS, Penal, de 23 de abril de 1992 [ECLI: ES:TS:1992:20999], FD 18 [p. 85]), indicando que a iguales resultados se llegaría siguiendo una concepción volitiva.

³ Ya en este sentido, STS 69/2010, Penal, de 30 de enero (ECLI:ES:TS:2010:902), FD 3.4.

⁴ Así, por ejemplo, si para el dolo se requiriese (verificar) una *representación* (valorable como) *racional*.

⁵ Véase al respecto los ptos. 2 y 8 de su comentario.

⁶ Cfme. PÉREZ BARBERÁ, «¿Dolo como indiferencia?», *En Letra: Derecho Penal*, (VI-11), 2021, pp. 120-122.

⁷ Véase PÉREZ BARBERÁ, *En Letra: Derecho Penal*, (VI-11), 2021, pp. 115 s. y el pto. 6 de su comentario.

decir, funcional a esta razón)⁸ y no en cambio un concepto *normativo*. El concepto de dolo es siempre y en todo caso un concepto funcional⁹, pero la razón de mayor castigo que lo guía, sea como se la conciba, puede imponer que ese castigo se vea expresado al actuarse bajo un determinado estado psíquico, o bien demandar, a su vez, una valoración por parte del aplicador del Derecho. En el primer caso el concepto (siempre *funcional*) de dolo resultará *descriptivo-psicológico*; en el segundo, en cambio, un concepto *normativo*. En este sentido, la dogmática del dolo no es ajena a conceptos descriptivo-psicológicos (así de hecho en la doctrina dominante), a pesar de ser *funcionales* (en la terminología de PÉREZ BARBERÁ: *normativos* o, tal vez sea más preciso decir, derivados de una premisa valorativa).

Volviendo al (ya usual) problema argumentativo en la(s) sentencia(s) del TS, cabe destacar que tampoco ayudan las contradictorias reflexiones suscitadas por la innecesaria y asistemática acumulación de citas de otros precedentes; una práctica que parece más interesada en prevenir objeciones y congraciarse con las posiciones en pugna que en ofrecer una propuesta metodológica y semánticamente limpia. Al parecer no soy el único que ve las cosas de tal manera. También los restantes comentarios presentan sus quejas a tal forma de abordaje del asunto. Retomando los ejemplos: si la definición más clásica de dolo requiere «conocer y querer los elementos del tipo penal», ¿cómo es que ello, en las propias palabras del Tribunal, «no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor [...] realiza la acción típica representándose la posibilidad de la producción del resultado», es decir, aquellas meramente basadas «en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido»?¹⁰ Según sostiene el TS, tal admisión no implica una renuncia al elemento volitivo, sino sólo una primacía del aspecto cognitivo, pues quien actúa previendo el peligro concreto, también, según las máximas de la experiencia, acepta, asume o se conforma con la lesión¹¹. La aclaración, como advertirá el lector, es por entero ineficaz para los fines pretendidos. Más allá de la *definición* del dolo que se ofrezca, ¿qué relevancia conceptual puede presentar un elemento si su afirmación en un caso no requiere un análisis autónomo, sino que emerge como una simple derivación de otro de los presupuestos del concepto al uso? Dicho de forma concisa: ¿con qué argumento busca alegarse que la voluntad es (todavía) un elemento del concepto de dolo, si a la vez se sostiene que su afirmación no es más que un reflejo del aspecto cognitivo?

La cuestión puede ser dejada aquí. Estas reflexiones sólo buscan poner de resalto que algo no está funcionando, pues o sólo con esfuerzo logra comprenderse qué hay detrás de las confusas explicaciones del TS, o bien se genera la idea de que en sus sentencias expone una teorización tan refinada que sólo pocos lectores llegarán a comprenderla en su real dimensión. Ninguna de las alternativas parece digna de elogio y, al menos a mi juicio, la segunda es sólo una ilusión: lo que se presenta como una construcción teórica no es más que una acumulación de argumentos carente de toda pretensión sistemática.

⁸ Caracterizando de tal modo a los conceptos que presentan esta propiedad, LARENZ/CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed., 1995, pp. 310 s.

⁹ Por todos, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 47, 168; ROXIN, *Kriminalpolitik*, 2ª ed., 1973, p. 34; SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 12/30; GRECO, «Dolo sem vontade», *Lib. Am. de Sousa e Brito*, 2009, p. 891 (n. 22).

¹⁰ También de este modo en STS 315/2020, Penal, de 15 de junio (ECLI:ES:TS:2020:1911), FD 7.2; STS 723/2018, Penal, de 23 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:110), FD 5.1.

¹¹ De este modo también en STS 44/2019, Penal, de 01 de febrero (ECLI: ES:TS:2019:269), FD 2; STS 546/2012, Penal, de 25 de junio (ECLI:ES:TS:2012:4940), FD. 1.2; STS 69/2010, Penal, de 30 de enero (ECLI:ES:TS:2010:902), FD 3.4, entre otros.

3. El estado mental atribuible a Benigno al momento de la lesión

Las distintas soluciones a las que arriban el voto mayoritario y el particular, como resulta claro, no se asientan en una disímil valoración de una misma e idéntica plataforma fáctica, sino en una discrepancia respecto de aquello que ha de tenerse por probado. Mientras el voto particular reproduce lo afirmado por la Audiencia y el Superior Tribunal de Justicia de Cataluña, es decir, que Benigno previó como altamente probable la causación de graves lesiones producto del zarandeo, el voto mayoritario se aparta de esta descripción, señalando que la prueba indiciara sólo conduce a una situación de incertidumbre, que amerita acoger la hipótesis de que Benigno no fue consciente de la idoneidad de su comportamiento para causar lesiones a su hijo. Así delimitada la controversia, entenderá el lector, resulta innecesario dilucidar si ambos votos parten de un mismo concepto de dolo o, en cambio, difieren en su determinación conceptual. En todo caso, asumen una construcción que, idéntica o disímil, concibe al aspecto cognitivo como esencial e irrenunciable para todo supuesto doloso. Nada distinto a lo que sostiene la doctrina dominante, partiendo de lo dispuesto en el art. 14.1 CP.

La cuestión de si el TS puede expedirse asumiendo una plataforma fáctica disímil a la fijada por el tribunal de juicio es un tema que, aunque de sumo interés, no será aquí abordado. No obstante, sí se buscará apuntar que el voto mayoritario, dado el contexto en que tuvo lugar la conducta lesiva, no está tan equivocado al atribuir a Benigno una situación de desconocimiento. Éste es el primer aspecto en el que quisiera ahondar, para luego centrarme en aquello no obstante obviado: de qué especie de desconocimiento estamos hablando.

En lo que atañe a lo primero, concuerdo con los argumentos empleados para quitar virtualidad a los datos que, como indicios, fueron invocados para atribuir un estado mental de representación en el autor. Especialmente destacable es, por un lado, la aclaración de que del conocimiento de la fragilidad de un recién nacido, lo cual no es sino un saber conceptual aplicable a casos-tipo, no se deriva *per se* la previsión de que, en el caso concreto, su zarandeo le irá a producir consecuencias lesivas; algo que, no obstante y llamativamente, el voto particular sostiene como si se tratara de una cuestión obvia que sólo demandase una convicción por parte del observador, es decir, un «creemos que» (sic) sin necesidad de una fundamentación ulterior. Esta inferencia que realiza el voto particular, en todo caso, sólo parece tener cabida bajo un estándar probatorio como el de la *probabilidad preponderante*, pero difícilmente se mantenga si lo requerido, como el voto mayoritario correctamente invoca, es la *superación de una duda razonable*¹². A este respecto, no cabe soslayar la multiplicidad de factores que pueden intervenir impidiendo la conformación de una previsión como la requerida. El alto umbral inhibitorio frente a situaciones lesivas, al que la jurisprudencia alemana ha recurrido de forma constante¹³, no es más que un claro ejemplo de ello. Los sesgos derivados de un rol y el excesivo optimismo, como apunta PÉREZ MANZANO, son otros factores dignos de destacar¹⁴. Por otro lado, también observo importante resaltar lo inconducente de acudir –como sucede en el voto particular– a los mensajes enviados por Benigno, cuando su estado mental, en la sentencia misma que dispone su condena, fue

¹² Sobre ambos estándares en general, véase LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law*, 2006, pp. 44 ss.

¹³ Entre otros, BGH 4 StR 447/23, de 20 diciembre, nm. 17; BGH 4 StR 558/11, de 22 marzo de 2012, nm. 32; BGH 4 StR 51/83, de 07 de junio (en *NStZ*, 1983, p. 407). Sobre la actualidad de este argumento en la jurisprudencia del BGH, PUPPE, *NK-StGB*, t. I, 6ª ed., 2023, § 15/94 s.

¹⁴ Véase al respecto los ptos. 3.1 y 6 de su respectivo comentario. También previamente, PÉREZ MANZANO, «Algunos datos empíricos sobre la atribución de estados mentales», *RECPC*, (23-15), 2021, pp. 3 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 12/68, 84, 109.

delimitado descartando que tuviese la intención de provocar la muerte del niño. Dicho de forma simple: un mensaje que (sea en un arrebato de ira o seriamente) expresa un deseo de muerte o nacimiento sin vida, sólo puede ser útil como indicio de una intención de matar; pero si se descarta que en el zarandeo Benigno tuviese la intención de acabar con la vida del bebé, no se entiende de qué puede ser indicio este hecho anterior a la conducta juzgada. Como advertirá el lector, existe una clara incompatibilidad entre el estado mental que el voto particular busca inferir (la representación del peligro sin intención de lesionar) y el medio utilizado a tal efecto: el dato que se hace valer como indicio no es explicativo de la inferencia que se sostiene como conclusión.

Esta discrepancia entre ambos votos, pues atribuyen a Benigno estados mentales disímiles, lo mismo que el recurso a indicios inconducentes a la hora de reconstruir un estado mental, parecen fortalecer la tesis que PAREDES CASTAÑÓN viene sosteniendo desde hace tiempo y hoy replica en su comentario. Propiamente, que las inferencias mediante las cuales los estados mentales resultan atribuidos suelen encontrar apoyo en un razonamiento falible y, por tanto, insuficiente para quebrantar el estado de inocencia consagrado en la Constitución. ¿Cuál sería este razonamiento? No otro que el que, para sustentar la atribución de una determinada situación psicológica en el agente, recurre a la denominada psicología popular (*folk psychology*) o del sentido común¹⁵. Por supuesto, abordar en detalle esta sugerente propuesta supondría desviarnos del objeto del comentario en curso. Lo que sigue, en estos términos, sólo busca dar cuenta del porqué de mi discrepancia. Antes que nada, nótese que PAREDES no deja (y con razón) de otorgar una naturaleza indiciaria a los datos que aporta la ciencia cognitiva. Desde esta perspectiva, lo que con ellos puede reconstruirse no es más que, por vía inductiva, un enunciado empírico, es decir, un enunciado cuya veracidad sólo puede afirmarse en términos probabilísticos¹⁶. Nada distinto a lo que sucede con la tesis dominante que somete a crítica. Según puedo ver, el punto de disidencia viene dado por aquello que da sustento a la inferencia reconstruida a partir de indicios, pues PAREDES objeta la capacidad de rendimiento de las reglas que provee la psicología social (más allá de la ontología con la que trabaja). A su entender, el empleo de estas reglas, a pesar de su eficacia en términos estadísticos, lleva a un «altísimo» grado de inferencias erradas, siendo preferible la utilización de estándares que permitan garantizar el grado de convicción exigible en el proceso penal, es decir, aquellos derivables de la ciencia cognitiva¹⁷. Pues bien, en lo que a mi opinión respecta, debo decir que los vicios que presenta la sentencia son más prototipos de una mala aplicación del sistema vigente que demostrativos de su ineficacia como tal. No puedo compartir el «elevadísimo» margen de error que PAREDES asigna a los juicios basados en la psicología del sentido común¹⁸. Es más, creo que la más inmediata realidad contradice tal conclusión. Por algo es aquello a lo que recurrimos en la interacción cotidiana, aquello que naturalmente aprendemos al dar nuestros primeros pasos y aquello de lo que ininterrumpidamente se ha valido la humanidad a lo largo de la historia. Como en su momento destacara DENNETT, el habitual y confiado recurso a este sistema encuentra su razón

¹⁵ Además del respectivo comentario, véase PAREDES CASTAÑÓN, «Dolo y psicología de sentido común», *LH-Luzón Peña*, v. I, 2020, pp. 875 ss.; EL MISMO, «Problemas metodológicos en la prueba del dolo», *AFD*, (18), 2001, pp. 67 ss.

¹⁶ En este sentido, PÉREZ MANZANO, «Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo», *LH-Gimbernat Ordeig*, t. II, 2008, pp. 1471 s., 1476. Sobre las limitaciones inherentes al juicio inductivo, véase RUSSELL, *The Problems of Philosophy*, 1912, pp. 101 ss.

¹⁷ Véase al respecto los ap. 3 a 6 de su comentario, y especialmente la aclaración que realiza en la nota 7.

¹⁸ Esta elevadísima cuantía de errores, si en efecto presenta un correlato empírico, sólo puede ser tomada como un número aislado. A poco que se la contrasta con la porción de aciertos que conduce la vida cotidiana, ese número, en términos proporcionales, tiene que resultar ínfimo.

en que funciona, en su alta eficacia para explicar y predecir los estados mentales de terceros¹⁹. Si la hipótesis de PAREDES fuese cierta, ya desde hace tiempo la sociedad hubiese intentado cambiar el patrón con el que guía las interacciones cotidianas, puesto que, de no hacerlo, se habría arriesgado a la incomunicación, es decir, a su disolución como sociedad. En este sentido, no veo por qué el derecho debiese prescindir de este valioso instrumento interpretativo²⁰, sobre todo cuando rara vez puede afirmarse que la ciencia desacredite intuiciones basales de la psicología popular²¹. Resumiendo mi posición, no descarto los aportes que la ciencia cognitiva pueda hacer a nuestro campo, pero la total sustitución planteada por PAREDES, al menos a mi entender, se asienta en un déficit del sistema dominante que carece de la entidad que el nombrado le asigna.

El punto siguiente tal vez sea de mayor interés práctico, pues se adentra en una cuestión no dilucidada por el voto mayoritario. Según allí se expone, el material probatorio sólo permite dudar del estado mental de Benigno, lo cual obliga a acoger la tesis más favorable para su persona (*in dubio pro reo*). Dicho de otra forma, aquella que indica que Benigno *no* fue consciente de la idoneidad de su conducta para causar lesiones a su hijo. Ahora bien, asumida esta alternativa, cabe aún preguntarse cómo cabe interpretar este *no ser consciente* al que alude el tribunal. ¿Se trata de un caso de confianza, tal como en su momento invocara la defensa?

Como cuestión preliminar, y aunque en lo que sigue daré mis razones, quisiera señalar mi oposición a cualquier reconstrucción inferencial que pretenda atribuir al autor uno de aquellos estados mentales que ameritan algún grado de reflexión sobre el objeto proposicional «causación de lesiones». Esto implica, naturalmente, rechazar por inverosímil la idea de que Benigno, al zarandear a su hijo, se haya representado la alta probabilidad de causarle lesiones, como con total liviandad afirma el tribunal de juicio y reproduce el voto minoritario. Tal descripción sólo es representativa de aquella especie de sucesos en que el sujeto tiene un margen para procesar las implicaciones de su accionar, sea calculando la probabilidad de las alternativas en juego o incluso, como suele requerir la doctrina dominante para el dolo eventual, *tomando en serio* o *contando con* la alternativa lesiva²², es decir, tomando posición en favor de ella²³. Pues bien, si esa hipótesis resulta inviable, advertirá el lector, nada diferente debe predicarse de su opuesto contradictorio, es decir, del caso del error o confianza errada invocado por la defensa, pues también en este supuesto, pese a configurar una forma de desconocimiento, el sujeto cuenta con un margen para tomar posición en favor de un buen desenlace del evento. Qué es lo que me lleva a tener por (inferencialmente) falsa ambas descripciones del estado mental de Benigno se vincula a un dato que, llamativamente, resulta obviado en la sentencia.

Hablar de desconocimiento no es simplemente hablar de error o confianza errada. Que la doctrina usualmente aluda a esta modalidad, o bien se debe a un reduccionismo absurdo o encuentra causa en que resulta la forma más habitual del desconocimiento. No obstante, que

¹⁹ Cfr. DENNETT, *The Intentional Stance*, 1989, pp. 47-50.

²⁰ En favor de este modelo, entre otros, GONZÁLEZ LAGIER, «Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales», *Quaestio facti*, (3), 2022, pp. 50 s., 71 ss.; PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 708 ss.; EL MISMO, «La prueba de estados mentales eventualmente relevantes para la imputación por dolo», en ROVATTI/LIMARDO (dirs.), *Pensar la prueba*, v. 3, 2023, pp. 123 ss.

²¹ En este sentido, DENNETT, *The Intentional Stance*, 1989, p. 9.

²² Por todos, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, 10/101; STRATENWERTH, «Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit», *ZStW*, (71-1), 1959, p. 54; WELZEL, *AT*, 11ª ed., 1969, pp. 68 s.; CEREZO MIR, *Obras Completas. Tomo I: PG*, 2006, p. 543.

²³ Caracterizando de tal modo el presupuesto psíquico del dolo en la doctrina dominante, PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», *ZStW*, (103-1), 1991, pp. 1 s.

también existen otras formas de desconocer es algo que surge evidente de la aceptación doctrinal de la imprudencia (ya no consciente, sino) inconsciente, es decir, de una categoría a la que suele asimilarse un estado mental enteramente disímil a la confianza en un buen desenlace. Una circunstancia futura, como es el caso que nos ocupa, puede desconocerse porque erradamente se toma posición por la no ocurrencia de lo previsto como posible²⁴, o porque, por ejemplo, no se emite juicio alguno sobre las implicaciones futuras de la acción, pese a reconocerse las condiciones necesarias para que tal proyección tenga lugar. En esta última alternativa, puede decirse, el sujeto sólo capta el (así denominado) *síndrome de riesgo* de su conducta²⁵, y su oportunidad de ocurrencia, no necesaria pero sí posible, no es sino la propia de las *acciones impulsivas*²⁶, es decir, aquella en la que el autor suele obrar inmerso en un campo de percepción y experiencia simplemente restringido²⁷.

Es llamativo que este punto no surgiera en la reconstrucción del objeto procesal. Más concretamente: al delimitar la porción destinada a describir el estado mental atribuible a Benigno. Su consideración parecía lo más natural si de lo que se trata es de poner la conducta juzgada en su debido contexto. No es que el autor simplemente zarandeó a un bebé, sino que lo hizo en una situación bastante particular. Las pruebas dejan claro que su maniobra, lejos de caracterizarse por los rasgos habituales de toda realización mínimamente meditada, presenta un ineludible tinte emocional: era pasada la medianoche, el niño no paraba de llorar y se había intentado calmarlo mediante paseos por la vivienda. En este específico contexto, no suena inverosímil (sino de hecho mucho más convincente que cualquier otra hipótesis ensayable) que el enérgico zarandeo imputado a Benigno haya sido producto de un actuar impulsivo y que, al hacerlo, el acusado ni siquiera haya procesado las posibles implicaciones de su conducta²⁸. Dicho de otro modo, que haya percibido que tenía un bebé en sus brazos, que le realizaba un movimiento de zarandeo, pero que no haya enjuiciado, ni siquiera a nivel gráfico o intelectivo-material²⁹, el alcance lesivo de tal tipo de interacción. Se trataría, no de otra cosa, que de una de las variantes en que puede presentarse la *ceguera ante los hechos*: aquella en que la ceguera no caracteriza lo absurdo de la conclusión obtenida, sino la facilidad con la que, a partir de la información con la que se contaba, podía haberse emitido el juicio que no tuvo lugar³⁰.

Una última aclaración a modo de cierre. No pretendo afirmar que a todo comportamiento impulsivo sea ínsito un desconocimiento de esta especie. Ello sería tan falaz como la hipótesis

²⁴ En este sentido, como indicara V. ALMENDINGEN, *Untersuchungen über das kulpöse Verbrechen*, 1804, p. 18, para quien está en error toda posibilidad lesiva, aunque previamente advertida, carece de cualquier efecto, pues debido a este error deja de ser vista como tal.

²⁵ Acerca de esta estructura, véase STRUENSEE, «Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts», *JZ*, (42-2), 1987, pp. 58, 62; SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2005, p. 273.

²⁶ Destacando el problema que las acciones impulsivas suscitan a la hora de la afirmación del aspecto cognitivo del dolo, SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 12/75 s.

²⁷ Caracterizando de este modo a las acciones impulsivas, KRÜPELMANN, «Motivation und Handlung im Affekt», *FS-Welzel*, 1974, p. 336.

²⁸ También destacando la relevancia de lo emocional en la delimitación del estado cognitivo, véase el pto. 3.2 del comentario de Pérez Manzano y el pto. 7 *in fine* del de PÉREZ BARBERÁ. Con mayor detalle, SILVA-SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 12/81 ss.

²⁹ Sobre esta forma de acceso a un objeto del conocimiento y su diferencia con la consciencia intelectivo-lingüística (o mediada por el lenguaje), fundamental SCHMIDHÄUSER, «Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins», *FS-H. Mayer*, 1966, pp. 325 ss.; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 176 s.

³⁰ Aludiendo a esta modalidad de la *ceguera ante los hechos* a fin de describir el estado mental de los autores en el caso Báez Sosa, PÉREZ BARBERÁ, «Dolo, imprudencia, ceguera ante los hechos», *InDret*, (2), 2023, pp. 696 ss.

contraria, es decir, que a la impulsividad siempre subyace el estado mental exigido para el dolo³¹. No obstante, dado que el TS admite no tener una jurisprudencia asentada sobre esta constelación de casos³², traer a colación la temática de las acciones impulsivas y resaltar su trascendencia a la hora de delimitar el estado mental del agente, al menos a mi juicio, resulta una contribución de utilidad para que casos similares, en un futuro, puedan ser abordados de forma más adecuada.

4. Sobre la (¿necesaria?) subsunción de la base fáctica probada en el concepto de dolo eventual

No quisiera finalizar este comentario sin antes introducir una cuestión que muy probablemente suscite la discrepancia de la doctrina más clásica (y por cierto dominante) en materia de dolo. En términos llanos, mi tesis reza que aun cuando la plataforma fáctica no resulte modificada, aun cuando quede delimitada como lo fue en la sentencia condenatoria, no por ello tiene que asumirse que Benigno debe recibir la penalidad agravada del dolo. Dicho de forma simple, incluso admitiendo que previó la alta probabilidad de provocar lesiones a su hijo, su suerte no se encuentra todavía signada, pues resulta discutible que bajo tal presupuesto psíquico su conducta deba sin más calificarse de dolosa.

Es cierto que, a primera vista, la tesis sugerida encuentra su fundamentación más obvia supeditando el dolo a la afirmación del (tan buscado pero escurridizo) elemento volitivo. En pocas palabras: el comportamiento juzgado no sería doloso porque sólo se habría acreditado uno de sus elementos esenciales, a saber, el que alude a la representación del peligro creado por la conducta. Esta alternativa es introducida por PÉREZ MANZANO, a fin de explorar, al igual que en este comentario, la posibilidad de excluir el dolo sin tener que modificar los hechos probados en juicio³³. Ahora bien, ¿es tal solución en efecto viable? A mi entender, la respuesta debe ser negativa, pues el recurso a la voluntad carece del alcance que sus partidarios suelen asignarle. A decir verdad, la distinción entre corrientes volitivas y cognitivas, salvo ciertas excepciones, no refleja trasfondo conceptual alguno, sino un mero problema explicativo. Desde hace décadas la doctrina admite que, más allá de las palabras, ambas corrientes culminan planteando lo mismo³⁴. Detrás de esta disputa no se halla otra cosa que lo que RAGUÉS gráficamente rotulara como un *consenso divergente*: un consenso en cuanto al fondo, divergente sólo en las palabras que lo explican³⁵. En este sentido, no es llamativo que la jurisprudencia partidaria de una *descripción* volitiva, en la *praxis*, culmine derivando este elemento de la afirmación de la cognición³⁶. Y en todo caso, tampoco debe caerse en la alternativa contraria, es decir, en creer que descripciones cognitivistas representen mejor el núcleo conceptual aludido. El pretendido cognitivismo al que recurre el TS, conceptualmente, no expresa menos sino exactamente lo mismo que el volitivismo

³¹ En este sentido, por ejemplo, KLEE, «Vorsatz und Triebhaftigkeit der Handlung», *ZStW*, (48), 1928, pp. 7 s.

³² Las restantes sentencias a las que alude, conforme admite en el FD 1.10, no resultan enteramente compatibles con el hecho objeto de análisis.

³³ Véase los ptos. 1 y 4 de su comentario.

³⁴ Entre otros, SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2ª ed., 1984, § 7/101; HASSEMER, «Kennzeichen des Vorsatzes», *GS-Arm. Kaufmann*, 1989, p. 295; FRISCH, «Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung», *GS-Meyer*, 1990, p. 547; BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, 4ª ed., 1997, p. 225; PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, pp. 178, 557; ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., 2020, § 12/43, 72 s.

³⁵ RAGUÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 81, 121.

³⁶ En este sentido, ya STS 69/2010, Penal, de 30 de enero (ECLI:ES:TS:2010:902), FD 3.4, y demás sentencias citadas en n. 10 y 11, entre muchas otras.

al que acude en otras sentencias³⁷. Como ya se indicara en el apartado anterior, no otra cosa que una *toma de posición* con respecto a la realización del tipo. Ante tal identidad, la solución en análisis se vuelve inviable, pues lejos de mantener indemne el hecho probado en juicio, supone su necesaria modificación. Si negar (lo que se describe como) la volición supone negar (lo que se describe como) la cognición, estamos dando al caso una solución coincidente a la del voto mayoritario: para llegar a la imprudencia modificamos los hechos probados negando que Benigno haya tomado posición en favor de las lesiones.

Por oposición a lo expuesto, la alternativa que propongo no necesita recurrir a este artificio de dudosa legalidad. Los hechos, en todo caso, pueden permanecer tal como fueron declarados en juicio, por más inverosímiles que parezcan. Comencemos por el principio. Parece poco objetable que uno de los principios basales de nuestra legislación penal es que los hechos más graves deben recibir una sanción mayor que los menos graves. Las categorías del dolo y la imprudencia, al calificar un comportamiento *per se* relevante, no hacen más que enunciar esta diferencia: la conducta dolosa es más grave que la imprudente, y por ello se le asigna una sanción de mayor entidad. Si detrás de esta graduación operan razones de merecimiento o necesidad, es algo que aquí puede obviarse. El punto fundamental radica en dilucidar qué es lo que, al fin y al cabo, debe dar lugar a la aplicación de una sanción agravada. En otras palabras, de qué depende la mayor gravedad y consecuente punición de una conducta. Las alternativas más obvias, aunque no las únicas, son dos. A ellas me atenderé en lo que sigue. O la sanción cualificada depende del estado psíquico del agente o lo hace de la cualidad del peligro generado.

La primera opción es la sostenida por la doctrina dominante y, en general, por cualquier otra variante que ve en el dolo un concepto descriptivo-psicológico, es decir, descriptivo de un estado mental (inferencialmente) atribuible al agente. En estas propuestas no llama la atención que la mayor gravedad del hecho se sustente en términos morales, aludiendo a una rebelión contra el ordenamiento jurídico³⁸, a un enfrentamiento³⁹, actitud hostil⁴⁰ u enemistad frente a él⁴¹, o bien a un desprecio o negación de los bienes jurídicos en juego⁴². El problema de estas propuestas es que si bien pueden captar la actitud del sujeto al realizar su hecho, no por ello describen una situación objetivamente real. A modo de ejemplo: una manifiesta oposición psíquica al ordenamiento jurídico, un querer lesionar un bien objeto de protección, puede resultar muy objetable en términos morales, pero carecer de mayor trascendencia en el plano conductual. Esta es una de las razones por las que en los últimos tiempos se observa una tendencial objetivación en las propuestas sobre el dolo⁴³: si se omite una corrección de esta índole, la creación de

³⁷ Así pues, no puedo coincidir con PÉREZ BARBERÁ cuando en el pto. 2 de su comentario sostiene que el TS, al presentar una descripción cognitivista del dolo, habría adherido a la *teoría de la posibilidad*. A mi entender, ello no podría ser cierto porque esta teorización, a diferencia de la que opera en la doctrina dominante, no requiere del autor una *toma de posición* sobre las alternativas en juego, sino claramente algo menos: una mera *duda* o *incertidumbre* sobre su ocurrencia. En breves palabras: la *teoría de la posibilidad* sí conceptualmente difiere de la *tesis dominante* (se describa a esta última en términos cognitivos o volitivos).

³⁸ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 11ª ed., 2022, p. 265.

³⁹ LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª ed., 2016, 16/34.

⁴⁰ ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 12/26.

⁴¹ ROXIN, «Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit — BGHSt 7, 363» *JuS*, (4-2), 1964, p. 61.

⁴² MIR PUIG, «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», *ADPCP*, (41-3), 1988, p. 667.

⁴³ La razón restante radica en los absurdos resultados a los que conduce otorgar a la confianza un efecto siempre excluyente del dolo. Si no exige su racionalidad, el sistema jurídico culmina premiando todo déficit de razón, respeto o cuidado (en este sentido, PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, 1992, p. 41; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*,

cualquier peligro ínfimo, mientras quede circunscrito en el ámbito de prohibición regulado por la norma, debe ser objeto de un castigo doloso ya por el estado psíquico atribuido a quien ha de responder por él.

En el polo opuesto se sitúan aquellas propuestas que, sin renunciar a un determinado estándar psíquico, hacen depender el mayor castigo de la cualidad del peligro generado por la conducta. Con esta alternativa, notará el lector, no se busca otra cosa que eludir el déficit axiológico previamente reseñado. Ya no será el autor, sino el derecho quien decida si un comportamiento resulta destinatario de un castigo atenuado o agravado⁴⁴. En estos términos, como expresión del supuesto más grave, el caso doloso, además de requerir la previsión de la consecuencia lesiva, deberá suponer la creación de un peligro cualificado⁴⁵, es decir, de un peligro que, al no hallarse cubierto por la atención humana, quedará supeditado a la suerte o el azar para no evolucionar hacia un resultado⁴⁶. O en palabras de PUPPE: el dolo requerirá la creación de un peligro que, conforme las máximas de la experiencia, pueda ser visto como un método idóneo para la causación del resultado lesivo⁴⁷.

Si este último modelo es aplicado al caso en análisis, su solución surge a todas luces evidente: aun manteniendo la inverosímil idea de que Benigno se representara las implicaciones de su accionar, difícilmente pueda decirse que su comportamiento resultase configurativo de un *peligro doloso* o *no cubierto*, es decir, de un peligro característico de un castigo agravado. El propio voto mayoritario deja a la vista cuán difícil resulta afirmar un riesgo cualificado en el caso, y ello pese a que, al fin y al cabo, no fundamenta el castigo imprudente en tal dato objetivo, sino en el (también con acierto) déficit cognitivo atribuido a Benigno. El FD 1.15, a poco que se lo mira, es ilustrativo de los numerosos interrogantes no resueltos al dictarse la condena, y cuya no resolución, como no puede ser de otro modo, debe inclinar la balanza hacia la idea de que las lesiones eran una consecuencia *posible* de la conducta ejecutada, mas no un efecto *cuasi natural* de su puesta en práctica. En este sentido, si se desconoce la concreta mecánica del hecho, si se duda de si el niño mantenía la cabeza libre, apoyada o bien parcialmente sujeta durante el zarandeo, y si no se sabe cuál es la intensidad requerida para la provocación de lesiones en cada caso, calificar el accionar de Benigno como un método objetivamente idóneo para la causación de las lesiones sufridas resultaría una verdadera ficción *contra reo*. A falta de este presupuesto característico del delito doloso, poco importará que la previsión del autor, como inusitadamente se ha sostenido desde la condena hasta el voto particular, haya sido la habitualmente requerida para el dolo. Ausente uno de los presupuestos esenciales, a saber, el de la creación de un peligro *cualificado*, el caso ya no aparece como parte del universo abarcado por su concepto, no siendo posible su subsunción en él.

Finalizo con una breve aclaración. Mi solución es idéntica a la de los restantes comentaristas del caso. Todos sostenemos que la condena por imprudencia es la correcta. No obstante, creo

2012, p. 391), es decir, privilegia al optimista desaforado concediéndole una rebaja de pena o la directa impunidad (cfr. RAGÜES, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 108).

⁴⁴ En este sentido, PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, 1992, pp. 16, 73; HERZBERG, «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit», *JuS*, (26-4), 1986, p. 258.

⁴⁵ HERZBERG, «Setzt „vorsätzliches Handeln“ (§ 15 StGB) ein „Wollen“ der Tatbestandsverwirklichung voraus?», *JZ*, (73-3), 2018, p. 126.

⁴⁶ Calificando en este sentido a los *peligros no cubiertos*, HERZBERG, «Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten — Teil 2», *JZ*, (43-13), 1988, p. 639.

⁴⁷ Esta caracterización del *peligro doloso* puede consultarse en PUPPE, *NK-StGB*, t. I, 6ª ed., 2023, § 15/70, 84.

interesante puntualizar en qué difiere mi respuesta de la de PÉREZ BARBERÁ, pues es con quien comparto más puntos en común. Para PÉREZ BARBERÁ la conducta de Benigno generó un peligro elevado de lesión, cuestión que lo lleva a resolver el caso en (lo que podríamos denominar) un estrato analítico posterior, ligado al estado mental del nombrado. Dicho de otro modo: lo hace negando que el desconocimiento atribuible Benigno fuese craso o irracional, y, por tanto, merecedor del castigo doloso. En mi propuesta, la solución surge ya en el primer nivel de análisis: en tanto (a mi entender) no existen elementos que *ex ante* permitan afirmar que el zarandeo generase un peligro *cualificado* de lesión, la conducta de Benigno ya no puede ser dolosa, independientemente de su estado mental (y eventual racionalidad). Sólo una vez verificado tal presupuesto (*necesario mas no suficiente*) cabe abordar el problema con el que PÉREZ BARBERÁ resuelve el caso. Ante peligros *no cualificados* de realización de una circunstancia típica futura, la conducta ejecutada no puede ser más que imprudente.

5. Conclusiones

Resumiendo mi contribución, la condena por lesiones imprudente resulta adecuada. Pero para arribar a tal conclusión no es necesario modificar la plataforma fáctica fijada en la sentencia de condena, invocando un déficit cognitivo conforme (no obstante correctamente) realiza el voto mayoritario. La subsunción del hecho en la imprudencia, en todo caso, viene determinada por la *cualidad* del peligro generado. Sea que se atribuya a Benigno haber previsto la consecuencia lesiva o ni siquiera haber pensado en ella, la imposibilidad de acreditar un riesgo *cualificado* obstaculiza toda consideración de su comportamiento como doloso.

Como advertirá el lector, la solución que brindo no difiere de la de los restantes comentaristas, a los que aprovecho para agradecer sus valiosas observaciones a mi propuesta. Las diferencias argumentativas, al fin y al cabo, ponen a la vista cuánto queda aún por discutir en materia de dolo. La idea del profesor RAGUÉS de reunir cuatro perspectivas disímiles en un mismo texto es una buena muestra de su compromiso con la constante evolución de la dogmática del dolo. A él le agradezco también haberme invitado a dialogar con tan distinguidos colegas.

Recensiones:

Recensión a Carmen Rocío FERNÁNDEZ DÍAZ, *Ser reincidente. Efectos jurídico-penales de la recaída en el delito*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2025, 210 páginas, por Javier FERNÁNDEZ-ÁLAVA

Recensión a Alejandro H. FERRO, *El delito culposos de omisión. A propósito de su confusión con el tipo comisivo en la dogmática penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2024, 286 páginas, por Tatiana Catalina VARGAS PINTO

Recensión a Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA, *Víctimas invisibles. Usos y abusos de la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de la violencia política a la luz de la lucha antiterrorista contra ETA*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 245 páginas, por Manuel CANCIO MELIÁ

-

InDret
3.2025

Carmen Rocío Fernández Díaz, Ser reincidente. Efectos jurídico-penales de la recaída en el delito, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2025, 210 páginas

Javier Fernández-Álava
Universidad de Navarra
jfernandez-6@alumni.unav.es

-

En esta su segunda monografía, Carmen Rocío FERNÁNDEZ DÍAZ, profesora de la Universidad de Málaga, describe de manera profunda y muy bien documentada la circunstancia de la agravante de reincidencia. Recoge y sintetiza de modo ilustrativo el debate doctrinal en torno a esta polémica figura que, en los últimos años, ha traído consigo reformas tanto en la parte general como en la parte especial de nuestro Código Penal.

El primer capítulo traza un recorrido respecto a las diferentes posturas doctrinales en torno a la agravante de reincidencia. Algunas perspectivas, como la de MIR PUIG, consideran que la reincidencia da lugar a un mayor injusto, pues con su conducta el sujeto –aun habiendo sido condenado antes– desprecia reiteradamente la norma. Otro sector de la doctrina sitúa el fundamento de la agravación en la culpabilidad: se ha de exigir al sujeto una mayor obediencia al Derecho, porque con la condena previa debería haber desarrollado una mayor capacidad de autodeterminación. Hay también quienes consideran que el fundamento de la agravante se encuentra en razones de prevención especial; otros, en razones de prevención general positiva; y otros, en la idea de la retribución, con fines claramente tranquilizadores hacia la sociedad. En el mismo capítulo también se aborda el análisis de la STC 150/1991, de 4 de julio, que salvó la agravante de reincidencia frente a las cuestiones de constitucionalidad elevadas por el Juzgado de Instrucción de Daroca. En las cuestiones planteadas fueron invocados diversos principios que el juez consideraba se veían afectados con esta agravante, a lo que el Tribunal respondió que no se daba tal vulneración. Así, entendió que el principio de culpabilidad no se ve vulnerado; no es expresión tampoco de un denostado Derecho penal de autor; ni tampoco se ven vulnerados los fines de la pena y el principio de proporcionalidad de las sanciones, pues la resocialización no es un derecho subjetivo del penado, sino un mandato constitucional dirigido al legislador (p. 46); tampoco se ven afectados el principio de seguridad jurídica ni el derecho a la igualdad ante la ley. Y ante la cuestión del juez *a quo* de que la agravante podía llevar a penas inhumanas y degradantes, la sentencia aclaró que eso depende de la «ejecución de la pena y de las modalidades que ésta revista, no de la pena en sí ni de su interposición» (p. 50); por último, también se resolvió del mismo modo la posible problemática en torno al derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad y de prohibición del *bis in idem*. El Tribunal, en definitiva, salva la constitucionalidad de la circunstancia agravante.

En el capítulo segundo se acomete el estudio de la reincidencia prevista en la parte general del Código Penal. Al igual que en el anterior, la citada STC 150/1991 opera aquí como hilo conductor. Se pone de manifiesto ahora el profundo e intenso debate doctrinal en torno a esta previsión penal, donde la autora –alineada en su opinión con la de ZUGALDÍA ESPINAR– expresa: «el

automatismo que supone la imposición de la agravante en nuestro código penal choca frontalmente [...] con la falta de claridad que todavía pende sobre su fundamento» (p. 59). Se estudian los requisitos que la ley exige para poder aplicar la agravante: se exige, en primer lugar, la determinación concreta del momento en que se produjo el delito, y si se tratan de delitos continuados, permanentes o habituales, entonces –según la autora– convendría seguir el criterio de la consumación. Además de este requisito, se precisa que exista una condena ejecutoria por un delito. Especulando en torno a esto, un sector de la doctrina liderado por MIR PUIG –con el que se alinea la autora– estima que no solo es necesaria la condena ejecutoria, sino también «haber cumplido con la condena impuesta» (p. 65). De este modo, la aplicación de esta agravante, que no convence a la autora, se reduce significativamente. Además, también en este capítulo se aborda el estudio del criterio formal de aplicación de la agravante, que hace referencia a la necesidad de que *el delito esté comprendido en el mismo Título, siempre que sea de la misma naturaleza* (art. 22. 8.º CP). La autora critica que el legislador vaya incorporando cada vez más distintos tipos penales bajo un mismo título, lo que hace «farragosa» su advertencia y aplicación. En atención a esta dificultad, se proponen dos criterios para guiar al juez: atender al bien jurídico protegido y a la gravedad de la conducta (p. 76). Antes de explicar los aspectos procesales de la circunstancia de agravante, la autora se plantea y resuelve la cuestión de si cabe apreciar la agravante de reincidencia en los delitos imprudentes; después de mostrar la opinión de GOYENA HUERTA, concluye: «puede defenderse, en mi opinión, una exclusión de la aplicación de la circunstancia agravante en el caso de delitos imprudentes» (p. 90).

Una vez estudiados los criterios formales, se aborda el análisis de los criterios procesales, que exigen no tener en cuenta a la hora de la aplicación de la reincidencia *los antecedentes cancelados o que debieran serlo*. La realidad es que –con la reforma de 2015– se ampliaron los plazos de cancelación de antecedentes, lo que provoca una mayor aplicación de la agravante. La autora propone mirar al Derecho comparado y «plantearnos si no sería más adecuado considerar, *de lege ferenda*, el tiempo transcurrido desde el anterior delito para valorar la necesidad de aplicar la circunstancia» (p. 102). Se recoge un elenco de los datos que deben figurar para que la cancelación de antecedentes sea efectiva (p. 107). Al final, se muestran las consecuencias penológicas de la aplicación de la agravante genérica.

En este extenso capítulo se estudia también si puede apreciarse la agravante de reincidencia tras la comisión de un nuevo delito leve. Con la reforma de 2015 quedó claro que no era posible aplicar la agravante cuando los antecedentes penales fueran delitos leves. La autora, junto con un importante sector de la doctrina, opina que esta cuestión no está tan zanjada como el legislador dio a entender en el año 2015, y se remite a la parte especial para comprender por qué. Se muestra también muy crítica con la figura de la reincidencia europea e internacional, considerando que esta última tiene fines «intimidatorios» (p. 125). Por último, realiza el estudio de la agravante cualificada de reincidencia, para la que se exigen tres condenas por delitos dolosos comprendidos en el mismo título. La letra de la ley no hace referencia a condenas de otros estados miembros que puedan tenerse en cuenta, lo cual parece, a juicio de la autora, un olvido del legislador. La imposición de la cualificada ha de estar debidamente justificada. Si se aprecia, la pena asciende a la superior en grado. Esto último ha sido duramente criticado por la doctrina, pues se considera –en opinión de la autora y otros muchos, como RODRÍGUEZ MOURULLO– que posiblemente se vulneren «los principios de proporcionalidad y culpabilidad» (p. 146).

En el tercer y último capítulo se estudian las previsiones de la agravante en la parte especial. Se estudia, así, su concurrencia en el delito de pornografía infantil; más en concreto, la letra h) del

art. 189.2 que reza: «cuando concurra la agravante de reincidencia». Plantea FERNÁNDEZ DÍAZ tres posibilidades respecto a esta última mención: que se remita a la parte especial, cosa que no parece plausible; que se pretenda castigar doblemente la reincidencia, cuestión que parece menos plausible aún, por vulneración del *ne bis in idem*; o la más probable, que «el legislador haya querido castigar de forma especialmente grave supuestos que, de no preverse esta circunstancia, habrían quedado sujetos a la imposición de la agravante genérica del 22.8 CP» (p. 152). En virtud de un mandato de la UE y la correspondiente obediencia «excesiva» (p. 154) del legislador –duramente criticado esto último por la doctrina–, se puede apreciar la agravante cualificada cuando haya una sentencia anterior (y no tres). En tal caso, la aplicación de esta agravante específica puede conducir a la pena de prisión de hasta nueve años de prisión, lo cual hace que esta hiperagravación sea, en palabras de la autora, «más que discutible» (p. 156). También se plantea su relevancia en los delitos patrimoniales; en particular, la reciente previsión en el delito de hurto. Toda la problemática gira en torno a las reformas del art. 234.2 y su eventual coordinación con lo previsto en el 235.1. También se discute sobre si la frontera de los 400 €, que distingue entre los delitos leves y los menos graves o graves, es realmente necesaria, pues cabe dudar de la apreciación de la reincidencia en el caso de que concurran varios delitos leves cuyo montante total supera esa cifra; ciertamente se da diversidad de pareceres en la doctrina, reacia a la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia. También se profundiza y discute en torno a la eventualidad de un concurso de delitos en el que se vean involucrados ambos tipos. La autora considera, además, criticable la hiperagravación del art. 235.1 por vulnerar el principio de legalidad, pues los jueces y tribunales, ante un delito leve, *aplicarán las penas a su prudente arbitrio*; y advierte una contradicción por el hecho de que la hiperagravación tenga lugar con la comisión de un delito leve. Por último, aborda su relevancia en el delito de estafa, para criticar la gran diferencia que existe entre sus penas (1 a 6 años de prisión) y las del hurto (en el art. 235.1, 1 a 3 años de prisión), además de una multa entre los seis y los doce meses en el caso del delito de estafa: se trata de «un salto penológico mucho más cualificado» (p. 190) que podría vulnerar el principio de proporcionalidad.

La autora realiza, sin duda, una muy lograda labor de síntesis, dada la dificultad de resumir un debate doctrinal tan vivo y de tal importancia. En el fondo de la monografía late una cuestión antropológica incuestionable: la de si realmente la reincidencia como agravante puede tener efectos resocializadores en el delincuente. Y no resulta fácil de responder, como lo demuestra el hecho de que, ya a finales de los ochenta y principios de los noventa, se suscitaban dudas sobre su constitucionalidad, y que se resolvieron en la ya citada STC 150/1991.

La autora recoge el testigo de dicha sentencia, y emplea su doctrina para afrontar el análisis de la previsión en el Código de 1995, y su reforma de 2015, así como también las más recientes proposiciones de ley debatidas en torno a este mismo tema en el Congreso de los Diputados. Sintetiza y extrae de ellas lo principal y necesario para que el lector perciba rápidamente el *quid* de la cuestión. Se agradece este esfuerzo de la autora. Otro punto destacable es que la autora entra en profundidad tanto en la parte general como en la parte especial. Su análisis sobre los problemas de esta última resulta de sumo interés no sólo para la dogmática, sino también para la práctica jurídica de los delitos mencionados, en donde se ha de lidiar con problemas concretos y vivos. Si bien es cierto que la obra es de perfil claramente académico, en sus explicaciones se establecen pautas e interpretaciones que pueden ayudar a jueces y magistrados a advertir –y en su caso, aplicar con ponderación– la agravante genérica o cualificada de reincidencia. Si bien la comprensión, en concreto, de la problemática en torno al delito de hurto puede resultar ardua, la autora ofrece unas tablas de gran utilidad como guía práctica (pp. 176-178). Es también

positivo que la autora acuda al Derecho comparado (italiano y portugués, entre otros) para proponer soluciones plausibles que funcionan en otros sistemas de nuestro entorno cultural.

En línea con lo señalado por MIR PUIG y otros autores de reconocido prestigio, la autora se sitúa en una posición bastante crítica hacia la agravante. Junto con otros autores, comparte la visión de que considerar la agravante como esta pone de relieve un fallo de base en el Derecho penal. Lo que la reincidencia demuestra, más bien, en palabras de SILVA SÁNCHEZ, es una «disminución de la culpabilidad por debilidad de la voluntad». Como alternativa a esta agravante se proponen otras soluciones, como «programas formativos y de reeducación y reinserción, además de penas alternativas como los trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente» (p. 195). No obstante, la propuesta quedaría más reforzada, si cabe, si la autora aportase bibliografía sobre posibles resultados positivos que confirmen que dichas medidas reducen la reincidencia en el delito y por tanto tienen claros efectos preventivos.

De manera precisa y clara FERNÁNDEZ DÍAZ lleva al lector al núcleo del problema que plantea la figura de la reincidencia y lo amplía con opiniones bien contrastadas y fundamentadas, no solo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia más reciente. Por todo esto, sirve a los fines de avivar el debate y a situarlo en la perspectiva de las últimas novedades legislativas y políticas. Con clara intención, el título de la monografía («*Ser* reincidente») parece resaltar el «*ser*», como para indicar su evidente entidad. Pero también cabe entender, sin traicionar la idea de la monografista, que es preciso distinguir lo esencial de lo accidental, que ninguna persona *es un* reincidente, sino que se trata de una característica circunstancial.

InDret
3.2025

Alejandro H. Ferro, El delito culposo de omisión. A propósito de su confusión con el tipo comisivo en la dogmática penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2024, 286 páginas

Tatiana Catalina Vargas Pinto
Universidad de Los Andes (Chile)
tatianavp@uandes.cl

-

Alejandro H. FERRO, con una destacable trayectoria como juez penal y fruto de estudios de postgrado, aborda en esta obra uno de los problemas más complejos y debatidos en la dogmática jurídico-penal: la relación entre los delitos de omisión y los delitos culposos. El autor, si bien aprovecha su experiencia en el sistema de justicia penal argentino, presenta un estudio profundo que recoge los principales aportes de la doctrina penal continental. El texto, de extensión más bien breve y enfoque práctico, se presenta como una valiosa contribución al debate.

El libro se inicia con un detallado prólogo y estudio preliminar de Ignacio RODRÍGUEZ VARELA, quien introduce al lector en la reflexión del autor y en el examen profundo del obrar humano como antecedente indispensable para imputar una conducta y establecer responsabilidad. RODRÍGUEZ VARELA comparte advertencias relevantes sobre distintas visiones que repercuten en los juicios de atribución, como la de juristas idealistas que rechazan las capacidades del hombre para conocer la realidad. Las consideraciones del prologuista serán clave para apreciar la tesis central de FERRO, basada en la distinción fundamental entre comportamiento humano y juicios de valoración y atribución.

La obra no reduce la persona humana ni el presupuesto conductual a constructos normativos. Su reconocimiento como realidad integral es especialmente relevante al meditar las dos modalidades de comportamiento estudiadas, que entrelazan aspectos objetivos y subjetivos: la omisión y la imprudencia. Desde el título, FERRO desvela dos confusiones importantes que su trabajo se propone resolver. La primera, que aparece explícita, se refiere a la relación entre la omisión y el tipo comisivo. A lo largo del texto, se demuestra que, si bien las estructuras omisivas integran elementos positivos, las comisivas también contemplan elementos negativos, revelando el carácter dual del comportamiento humano incluso en esta apreciación puramente objetiva o externa.

La segunda confusión, implícita en el título, se halla en la equivalencia indebida entre delitos de omisión y delitos culposos. Esta equiparación suele provenir de una comprensión superficial de la infracción normativa que define ambas categorías, radicada en el mero incumplimiento de la norma. La infracción de un deber de cuidado propio de los tipos imprudentes lleva a ver una configuración en términos de omisión, que desatiende la clase de norma que se incumple en cada caso: deber positivo o mandato en el delito de omisión y el deber de cuidado en el delito culposo. FERRO enfatiza que el usual silencio dogmático ante esta confusión amerita una distinción rigurosa, que el autor emprende a lo largo de su obra. Así, en el capítulo introductorio, rescata la presencia de la omisión en todo comportamiento imprudente, pero reitera la distinción con el

tipo comisivo, con la advertencia de que los delitos de omisión incluyen igualmente elementos positivos. Ambas confusiones se delimitan y analizan a lo largo de la monografía.

La concurrencia de aspectos positivos y negativos se da en un plano objetivo, en el comportamiento frente a su valoración comisiva u omisiva. Por otro lado, la identificación de los tipos omisivos con los imprudentes se produce en un plano normativo, y encierra una confusión mayor entre aspectos objetivos y subjetivos. Alejandro FERRO anota específicamente esta yuxtaposición de niveles al final de su propuesta de solución en el Capítulo VI (p. 123).

El libro, estructurado en nueve capítulos, tiene dos grandes méritos. El primero es su carácter práctico. Es un texto que devela la experiencia judicial del autor, con análisis de casos complejos y pautas de solución. El segundo reside en su insistencia en que el comportamiento humano es una realidad integral que se valora, pero que no se identifica con los juicios de apreciación y atribución. En este punto, FERRO avanza en criterios de identificación del sustrato de imputación y previene confusiones entre objeto, juicio y método de valoración.

FERRO aborda la base conductual del enjuiciamiento en los capítulos II y III cuando define la conducta omisiva y asume la tesis normativa. Algunos podrían observar en su asunción normativa una extensión generalizada de esta comprensión de la omisión, como supuestos de omisión impropia para todos los delitos de resultado material, la definición normativa de la omisión a partir del incumplimiento de deberes positivos cobra pleno sentido ante la comprensión dual del comportamiento como objeto de atribución típica, con independencia de su estructura subjetiva. Si bien el sustrato fáctico no es en sí mismo relevante penalmente, el autor precisa que la necesaria determinación normativa no elimina la existencia de procesos humanos anteriores al tipo penal (p. 82). El tipo se construye con datos de la realidad. Esta frase concisa encierra importantes apreciaciones de fondo, filosóficas y normativas.

El capítulo IV se dedica al tipo omisivo, y adelanta el examen subjetivo doloso y culposo (p. 96). Al revisar la estructura imprudente, FERRO distingue de manera coherente la infracción del cuidado debido del incumplimiento del mandato que define la omisión. En el capítulo siguiente, el autor se detiene brevemente en la atribución propia del tipo activo culposo (pp. 100-105), para desarrollar la tesis central en el capítulo VI. Aquí, reitera que el comportamiento es el sustrato fáctico que luego se interpreta normativamente y se adscribe a un determinado tipo penal que define las exigencias que se han de corroborar (p. 107). Ubica adecuadamente la confusión de la dogmática en el problema normativo, pero lo conecta, solo en un entre paréntesis, con la superposición previa referida a la conducta enjuiciada.

FERRO declara que frente a ese «problema normativo que se plantea por confusión de herramientas dogmáticas (cuyo epicentro radica en interpretaciones puramente físicas o mecánicas del obrar dimorfo de la persona), se propone entonces aquí una solución del mismo carácter (la búsqueda de sus diferencias en el vínculo objetivo normativo entre conducta y resultado), en cuanto juicio de imputación» (p. 110). Más allá del reconocimiento de la base fáctica, es clave la advertencia sobre el obrar humano, que no ha de jugar con las mismas pautas que otras realidades puramente naturales o físicas. La declaración pierde protagonismo no solo por formulación secundaria, sino también porque FERRO mantiene igualmente las apreciaciones mecánicas que critica para este sustrato conductual.

La crítica principal a la tesis de FERRO reside en su anclaje mecanicista al abordar la causalidad en la omisión. El autor sostiene que la existencia de una relación causal real y natural determinaría únicamente la verificación de un tipo comisivo; mientras que la presencia de un peligro previo, muy próximo al resultado, no neutralizado por quien es garante de su evitación, lleva al reproche de una figura de omisión (pp. 110, 111, 119). Se expone el problema causal y su extensión, que termina penalizando comportamientos ajenos al interés jurídico penal, o alcanzados por el *versari in re illicita* –bajo su comprensión objetiva tradicional, que supone imputar todo resultado conectado con una acción ilícita original, aunque sea fortuito–. Sin embargo, el análisis no se abre a otra idea de causa, idónea para la conducta humana.

El autor ofrece un criterio concreto para distinguir entre modalidades omisivas y comisivas, que más adelante aplica a diversos supuestos complejos. En este examen destaca el importante filtro que añade la causalidad, aunque la usual concepción causal que recoge no soluciona realmente problemas como los planteados, sobre todo, si conserva además consideraciones hipotéticas por la supresión mental de antecedentes, como se afirma hacia el final de la obra (p. 159). La consideración no logra solucionar eficazmente problemas como los de desviación de cursos causales o concausas. La crítica aquí no se dirige solo al carácter hipotético del método, sino a su limitada utilidad para excluir la atribución de resultados ajenos a la decisión voluntaria del agente.

La dificultad para excluir afectaciones ajenas a la conducta del agente se presenta incluso si se añaden restricciones normativas, como en supuestos de concurso de riesgos jurídicamente relevantes. Si, por ejemplo, el conductor de un vehículo rebasa los límites de velocidad permitidos y da muerte a un peatón que cruza por un paso no habilitado, podemos observar que no solo existe causalidad entre la conducción y el resultado de muerte. Esa conducción crea un riesgo prohibido, fuera de lo permitido, que puede llevar a fundar la imputación de la muerte del peatón sobre la base de entender que ese fallecimiento está cubierto por la norma que el conductor infringió, a pesar de que la víctima también haya incumplido una norma. Ambas conductas crean un riesgo prohibido, y el resultado podría atribuirse a la conducción del agente o a la propia víctima según la extensión que se asigne al ámbito de protección de la norma incumplida, si cubre o no la muerte del peatón. El texto no se detiene en este problema, pero sí parece privilegiar el análisis en este plano objetivo.

En la propuesta de Alejandro FERRO, la falta de causalidad natural explicaría la exclusión de un delito de omisión, que se imputaría en caso de un peligro precedente no evitado por el garante. La relación que realiza con el peligro preexistente puede comprenderse frente a la delimitación de posiciones de garante. Sin embargo, una conducta omisiva puede crear un peligro que antes no existía, por ejemplo, en caso de injerencia o incumplimiento de una función de protección que origina una situación de peligro, como la de los padres que no alimentan a sus hijos dependientes. El examen de un peligro relevante, que se ha de conjurar por la persona que es garante de su evitación, no tiene que ver con la causalidad fáctica, aunque ella no sea concebida solo con criterios físicos. Tal determinación del garante responde a un análisis normativo posterior a la selección de la conducta.

Si bien la obra de FERRO no dedica un capítulo específico al tipo omisivo culposo, el problema de delimitación de esta estructura típica se presenta a lo largo de la obra, sobre todo en el capítulo VI destacado. En este apartado, el autor aclara que su objetivo es la interacción entre acción y omisión en los delitos imprudentes (p. 122). Aprovecha además para separar el deber de cuidado

del deber de garante, como PAWLIK, con distintas reglas de imputación (p. 123). Esta diversidad de reglas ayuda a aclarar la confusión entre omisión e imprudencia, sin impedir su concurrencia simultánea. A continuación, siguen dos capítulos que abordan cuestiones anexas al delito de omisión, que en ocasiones consideran también la estructura culposa.

El capítulo VII se dedica al problema constitucional que, con más o menos intensidad, normalmente se presenta en las figuras omisivas de distintas jurisdicciones. FERRO destaca la importancia de la discusión sobre la admisión de modalidades de comisión por omisión (p. 125). Sin perjuicio de su entidad normativa, las respuestas son generalmente conocidas, y se vinculan con referencias constitucionales a la conducta o comportamiento humano, que no se restringe a la acción. Este examen se enfrenta a las diversas estructuras típicas, que excluyen la omisión solo ante formas comisivas expresas. Cierta confusión puede generar la crítica que el autor hace a la solución de quienes rechazan la constitucionalidad de las omisiones impropias, específicamente en el homicidio, y optan por un delito de abandono con resultado de muerte. En este sentido, argumenta que el aspecto subjetivo debe guiar la respuesta: si hay voluntad de matar, se debe preferir el homicidio en comisión por omisión (p. 130). No se trata de resolver problemas objetivos desde consideraciones subjetivas, sino de analizar las atribuciones según cada estructura típica, como luego se precisa en el texto.

La distinción entre acción y omisión no se da en un plano subjetivo, y FERRO se preocupa por separar el examen objetivo del subjetivo. La consideración de aquella guía subjetiva en la adscripción típica ha de enmarcarse dentro de las delimitaciones que hace el autor. De hecho, en este punto retoma la crítica sobre la confusión entre delitos de omisión y delitos imprudentes en relación con quienes defienden la constitucionalidad de la omisión impropia en su forma culposa, por entender que siempre hay una omisión en la negligencia o en el incumplimiento de reglamentos (p. 131). FERRO reitera que esta superposición no es válida. El reclamo subjetivo que realiza para la preferencia del delito de abandono con muerte simplemente supone advertir que la estructura típica de este delito es diferente de la del homicidio.

A lo largo del texto, hay un hilo conductor que une los distintos apartados, incluso aquellos que parecen independientes. Antes de las reflexiones finales en el capítulo IX, se incluye un excuso que aborda otras dificultades que enfrentan los delitos de omisión, como la autoría mediata o la sanción de la tentativa (pp. 135-157). Subrayo la coherencia del autor, que aplica su tesis también en esta sección. Cabe mencionar especialmente su consideración respecto de la tentativa en la omisión. Después de precisar los problemas para aceptar la tentativa en ese ámbito, por el principio de ejecución, resuelve la determinación de este comienzo con base en el peligro preexistente y la realización de una conducta distinta de la debida, que lleva consigo su no evitación (p. 155).

Previo a este excuso, el autor aplica su propuesta a situaciones complejas, como la concurrencia simultánea de tipos activos y omisivos, y la interrupción de cursos salvadores (pp. 112-120). Destaca la visión práctica de FERRO al verificar su tesis para la concurrencia simultánea de tipos activos y omisivos. Se declara partidario de la tesis mayoritaria, que da preferencia a la imputación de un tipo comisivo, pero no por los argumentos que en general se esgrimen. Precisa que la prevalencia de esta figura no se funda en la mayor gravedad o energía que se asigna a la acción sobre la omisión. En su lugar, sostiene que la preferencia de esta figura se basa en permitir, «en términos de causalidad natural, un mayor reflejo objetivo en un grado que, en su comparación con el tipo omisivo, siempre resultará más próximo a la certeza» (p. 113). En esta

propuesta es determinante el criterio probatorio, que daría más garantía al imputado frente al *in dubio pro reo*.

En síntesis, esta monografía procura brindar claridad en un contexto delictivo complejo, con un marcado enfoque práctico que se confirma en tres anexos: 1) análisis crítico de casos, que se han resuelto en distintos sentidos; 2) jurisprudencia seleccionada; y 3) modelos de escritos. Además de la delimitación de confusiones, es crucial la distinción de planos fáctico/normativo y, sobre todo, objetivo/subjetivo, que se potencia desde el comportamiento dual del hombre, con elementos positivos y negativos, como sustrato que luego se valora. La identificación de los delitos de omisión con los culposos que se produce en el ámbito normativo, por el incumplimiento de normas, no se salva solo con la delimitación de la clase de norma que se vulnera. La infracción que integra todo delito no permite distinguir estructuras típicas sin una base compleja de valoración, con elementos objetivos y subjetivos. Se vislumbra en el trabajo de Alejandro FERRO una crítica hacia la comprensión mecanicista de la conducta humana, que se debilita en su tesis sobre omisión con la exclusión de un vínculo causal, determinado solo físicamente (pp. 71, 73, 77, 91, 107, 108, 113, 119 y 159).

Falta dar un paso más a partir de la distinción del comportamiento frente a la revisión de antecedentes fácticos, sin la común extrapolación de conceptos naturalísticos, no del todo idóneos para el actuar del hombre. El hecho de dejar voluntariamente que los cursos causales sigan hasta alcanzar un resultado es también un antecedente, solo que diferente del agregar positivamente una condición, y FERRO avanza en esta dirección. Este camino se percibe en el destacado prólogo y estudio preliminar de Ignacio RODRÍGUEZ, en el que rescata no solo el acto humano, sino también distintas nociones de causalidad, como base de juicio para resaltar la principal superposición que recorre el libro: la confusión entre la realidad a conocer y el acto de conocer.

Jon-Mirena Landa Gorostiza, Víctimas invisibles. Usos y abusos de la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de la violencia política a la luz de la lucha antiterrorista contra ETA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 245 páginas

Manuel Cancio Meliá
Universidad Autónoma de Madrid
manuel.cancio@uam.es

-

En el estudio que aquí se presenta, LANDA GOROSTIZA lleva a cabo un análisis de amplio espectro, tan amplio que aborda muchos más aspectos de los que menciona el extenso subtítulo. Partiendo de la cuestión de la evolución del Derecho penal antiterrorista español en los últimos años, sometida a análisis de modo paralelo a la evolución de las políticas de apoyo a las víctimas de ETA, el libro aborda un análisis comparativo de la gestión de la memoria de la violencia política del siglo XX en España (y en otros países europeos), así como de las conexiones (e interferencias e intentos de abuso) del Derecho penal internacional y de los derechos humanos con el Derecho penal estatal, además de las aproximaciones legislativas en la Comunidad Autónoma Vasca y en Navarra a las víctimas tanto de la actividad violenta de la organización terrorista ETA como de la represión ilegítima por parte del Estado español, directamente o a través de estructuras parapoliciales, antes y después del cambio de régimen producido en 1977. Desde el punto de vista de la división en disciplinas académicas, aparecen elementos propios del Derecho penal, del Derecho penal internacional, de la victimología, del Derecho estatal e internacional público de los derechos humanos, todo ello, bajo el trasfondo de la Historia, europea y española, desde mediados del siglo XX.

El texto de LANDA GOROSTIZA está precedido por un prólogo de SALVIOLI, profesor de derechos humanos y Relator Especial de Naciones Unidas, que refleja los contenidos estudiados desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos. Continúa el libro con el prólogo del autor, en el que pone en contexto la monografía con su biografía científica de los últimos años, especialmente, en lo que esta se halla vinculada al conflicto vasco desde el siglo XX, en particular, a la política criminal antiterrorista en España (en su vertiente de académico penalista) y a las políticas de memoria y derechos humanos (en su vertiente, primero, como director general de derechos humanos en el Gobierno vasco hace algunos años, y director de la cátedra Unesco de derechos humanos en la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea en Leioa/Bizkaia).

En la introducción, LANDA plantea los ejes de tensión fundamentales que presenta el análisis desarrollado en el libro: en primer lugar, el que da título al trabajo, el campo de tensión entre «víctimas normativas» y «víctimas invisibles, olvidadas, negadas» (p. 25), entre las víctimas reconocidas y las ignoradas: las de ETA y las de agentes dentro del Estado español, y no sólo en el contexto de la actividad terrorista y su represión, sino desde el inicio del golpe de Estado de 1936 y la dictadura franquista que concluyó en 1977. Esta dicotomía, más allá de la cuestión vasca, es debida al modelo de transición-punto final que se adoptó en España, que implicaba e

implica un «memoricidio» (p. 27), la necesidad de hacer desaparecer a las segundas de la esfera pública y de la conciencia colectiva.

En segundo lugar, se aborda el plano de los instrumentos de memoria, que intentan superar el hiato entre el procesamiento a través del Derecho penal y la mera remisión a la Historia, en particular, la legislación española, y vasca y navarra, en esta materia. Ello se hace por el autor siendo consciente, en palabras de PASTOR, del riesgo de manipulación política, de «deriva neopunitivista» (p. 29, nota 10) que puede implicar el impulso del rescate de la memoria en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos. En un afortunado término –que quizás hubiera merecido mayor protagonismo (p. 41, nota 28; vid. también p. 212)–, ese *tertium* es calificado por el autor como «justicia transicional en democracia». La introducción, en suma, prepara al lector perfectamente para los múltiples y tan diferentes planos –poco frecuentes en la bibliografía penalista– que el discurso del libro debe recorrer.

La primera parte del cuerpo de la monografía examina, para comprender el efecto de exaltación de unas víctimas y ocultamiento de las otras, el decurso del Derecho penal antiterrorista español desde el año 2000, en lo que puede calificarse de un giro represivo que significa que el Derecho penal del enemigo se infiltra (p. 50) definitivamente en el ordenamiento penal ordinario, más allá de la previsión excepcional de «suspensión» de derechos fundamentales contenida en el art. 55.2 de la Constitución, tanto en el ámbito de la definición del concepto jurídico-penal de terrorismo, como de la ampliación de infracciones periféricas, como de las normas penitenciarias específicas. LANDA GOROSTIZA recorre ese camino de reformas en los años 2000 (LO 7/2000), 2003 (LO 7/2003), 2010 (LO 5/2010) y, finalmente, 2015 (LO 2/2015), que lleva a un nuevo Derecho penal antiterrorista, en una extraña relación inversamente proporcional a la intensidad de la actividad criminal de la organización terrorista. Como señala el autor, esta evolución es acompañada por una nueva línea jurisprudencial que va ampliando los contornos de «lo terrorista», en una especie de «competición» entre los mecanismos de ataque al «complejo» de ETA a través de la LO 6/2002, de Partidos Políticos, y la nueva interpretación y legislación ampliatorias en materia de delitos de terrorismo. Una «teoría del desdoblamiento» (p. 65) en la que se solidifica la idea de «todo es ETA», esto es, que todo el campo político próximo a los postulados de la organización terrorista debía ser incluido en la represión penal.

Una legislación y práctica jurisprudencial que conduce –además de a «macrocausas» que concluyeron sin resultado alguno (a pesar de haberse clausurado en el camino medios de comunicación como *Egin* o *Egunkaria*)– a la descalificación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la pretensión evidentemente inconstitucional del Tribunal Supremo de aplicación retroactiva de las nuevas normas de cálculo de penas («doctrina Parot») en 2013 (p. 76). Una evolución que, en última instancia, ha llevado a una regulación autoritaria que implica el «riesgo de criminalizar el programa político» (p. 90) de determinados grupos que se estima que pertenecen al «campo etarra».

Que esta regulación lleva ínsito el riesgo de utilización política, más allá de ETA, ha quedado recientemente de manifiesto en el estupor jurídico que supuso la causa –que no superó la fase de instrucción– *Tsunami* promovida por el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 y validada inicialmente por el Tribunal Supremo, en el contexto de disturbios separatistas en Cataluña, que culminó en el esperpento de un posible *infarto terrorista*.

Entrelazando esta evolución con la utilización de las víctimas en esta deriva de banalización del terrorismo, como subraya LANDA (p. 62), juega un papel preponderante una interpretación descabellada (y contestada en varias ocasiones por el Tribunal Constitucional) del art. 578 CP por parte de la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo, que criminaliza la mera expresión de ideas como «humillación» o «descrédito» delictivos de las víctimas del terrorismo, e intentó torpemente cobijar esa interpretación expansiva bajo el paraguas de la idea de que se trata de un «discurso del odio».

Una vez analizada esta deriva del Derecho penal antiterrorista español, se ocupa el autor de someter a estudio las normas específicas de acompañamiento a las víctimas de ETA, en particular, la L 32/1999.

LANDA GOROSTIZA traza un cuadro comparativo con la evolución habida en otros países europeos en relación con la violencia política del siglo XX, explicando que la tardía respuesta en muchos ordenamientos (sobre todo, a partir de los años noventa del siglo pasado) frente a víctimas que habían sido silenciadas durante décadas, conduce a determinados «diseños jurídicos excepcionales» (p. 100) que incluyen severas restricciones a la libertad de expresión a través del concepto de «discurso de odio» como ámbito vedado a la manifestación de determinadas «opiniones» favorables a los masivos delitos contra la Humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. Concibiendo esta evolución como una intensificación de la idea de «democracia militante», constata LANDA que la «mirada a las víctimas» confluye con modelos excepcionales de tratamiento de los autores y de sus apologetas (p. 106).

Al contraponer la evolución al norte de los Pirineos con la española, comprueba LANDA que en el caso español, las víctimas normativas no son las de la violencia política autoritaria del siglo XX, ejercida por el Estado, como en otros países próximos, sino –como no podía ser de otro modo, ante el modelo de olvido y punto final del cambio de nuestra dictadura al actual régimen constitucional– las de la actividad terrorista de ETA (pp. 109, 110, 114).

Continúa el análisis de las leyes estatales de acompañamiento específicas en materia de terrorismo (LL 32/1999 y 29/2011) y otras normas sectoriales que encuentran finalmente un marco general en la L 4/2015, en el que se diseña, por fin, un estatuto general de la víctima en materia delictiva (pp. 118 y ss.), que no impide que se consolide una «doble velocidad» (p. 123) para unas y otras víctimas (las de ETA y las de la actividad criminal del Estado): «son sus víctimas [las de ETA], y no las de la guerra civil o de la represión franquista» (p. 124) las que ocupan un lugar central en España. Como manifestación especialmente llamativa de esta dicotomía, se ocupa el autor también de diversos intentos, en doctrina y algunos pronunciamientos jurisprudenciales, de concebir la actividad de ETA, o los delitos de terrorismo en general, como crímenes contra la Humanidad (p. 126), en lo que LANDA GOROSTIZA califica como una «relectura “inflacionista” de lo que fue ETA» (p. 138) y que implica una banalización de los crímenes contra la Humanidad (p. 140).

En la segunda parte principal del estudio se aborda la situación de las «víctimas del Estado», centrando el análisis en las víctimas de la actividad represiva del Estado en sentido estricto o de aparatos paraestatales en relación con la reacción frente a la actividad de ETA. Partiendo de que tanto antes del fin del régimen dictatorial como después no hubo actuación de la jurisdicción penal española, constata que ni siquiera queda establecida la existencia de esos hechos, esto es, que ni siquiera se ha avanzado en alcanzar «la verdad» para este grupo de víctimas (p. 141).

Somete a análisis la difícil cuestión de «qué verdad» es la que puede perseguirse en esta situación, a través de una consideración comparativa frente a la verdad a establecer en un proceso penal, subrayando las especificidades en este ámbito de la violencia política, con sus dimensiones individuales y colectivas precisamente derivadas de su carácter político (p. 148).

Analiza LANDA desde esta perspectiva tanto la legislación general del Estado (las Leyes de Memoria Histórica de 2007 y de Memoria Democrática de 2022, p. 152) como la legislación autonómica vasca y navarra (p. 163): la inclusión de agentes «informales» del Estado, los derechos reconocidos a estas otras víctimas (p. 173) y las cuestiones competenciales tratadas ante el Tribunal Constitucional, al haberse planteado la posibilidad de que este cuerpo normativo pudiera dar lugar a la invasión de la competencia exclusiva del Estado en materia de enjuiciamiento criminal (p. 178).

En la tercera y última parte sustantiva del texto, LANDA GOROSTIZA intenta presentar en positivo el programa normativo a desarrollar: esencialmente, que ha de haber «un camino más acá –y distinto– de la vía jurídico penal y que no nos expulsa necesariamente del mundo del Derecho hacia la disciplina de la Historia» (p. 202). En esta línea, explora lo que la idea de justicia restaurativa puede llegar a aportar en este ámbito, con las dificultades que puede generar dadas las características de delitos graves cometidos con una significación política, en contraste con la rigidez que comporta el modelo de Derecho penal del enemigo que ha adoptado, también en el ámbito penitenciario, el ordenamiento español en relación con los delitos cometidos por miembros de ETA.

En este ámbito destaca también que LANDA no elude el problema esencial de la llamada «víctima-victimario» (p. 209), que, como es obvio, se presenta en ambos campos de víctimas, tanto de víctimas «normativas», las de ETA, como de las víctimas de la violencia ilegítima del Estado (piénsese en algunas víctimas de la organización terrorista que, a su vez, eran autoras de delitos gravísimos cometidos como miembros de los aparatos represivos del Estado español, como en el caso de algunas víctimas de esos aparatos que a su vez eran autores de delitos gravísimos de terrorismo), hallando el punto esencial en que debe corresponder a las víctimas siempre el reconocimiento de su condición, pero no a todas –no a las víctimas-victimarias– un homenaje social (p. 213). Llega el autor a la conclusión que la asimetría de las víctimas en España debe y puede ser superada a través de las leyes de memoria (p. 214).

Concluida la lectura, a pesar de que, como se ha visto, en el estudio convergen muy diversas cuestiones, quedan muchas otras en las que profundizar. Dicho de otro modo: el libro genera ganas de más. Podría haber más análisis sociológico, en particular, una reflexión acerca de cómo las hoy víctimas «normativas» vivieron durante largos años un proceso de invisibilización, no sólo por parte del entorno político y social de los miembros de la organización terrorista, no sólo por parte del campo del nacionalismo vasco en los territorios vasco-navarros, sino, en general, por parte del conjunto de la sociedad española. De hecho, sería interesante explorar cómo fue precisamente esa desatención la que hizo posible que determinados agentes políticos pudieran instrumentalizar esas víctimas como punta de lanza para una política criminal autoritaria y como arma de lucha política partidista que sólo últimamente está perdiendo filo.

Dice el prologuista que se trata de un libro valiente y necesario. Como es sabido, estos adjetivos son usados con frecuencia de un modo hiperbólico entre nosotros. Sin embargo, en este caso, son perfectamente adecuados: es valiente retomar la cuestión de cómo se trató por el

ordenamiento español la pesadilla de los asesinatos etarras y de las torturas de los agentes del Estado, cuando hoy aún es el momento en el que todos parecemos querer olvidar lo que pasó. Es necesario en varios sentidos: desde el punto de vista de la construcción teórica, es preciso superar en este ámbito los nichos académicos que han ubicado en diversos apartados disciplinarios las cuestiones de la legislación penal, la memoria y los derechos humanos. Es necesario en España mirar atrás y comprender que en esta materia, *Spain is different*. Más allá del conflicto vasco, el modelo de transición-olvido en el que hoy, tantos años después, es posible que ni las víctimas de ETA, ni el número mucho más amplio de las víctimas de la guerra civil y de una dictadura muy violenta, sean víctimas de todos, debe ser puesto de manifiesto. Estudios como este pueden ayudar a comprender quiénes somos.

Pablo Ruiz Osuna, La personalidad jurídica de los autómatas inteligentes, La Ley, 2025, 530 páginas

Eliseo Sierra Noguero
Universitat Autònoma de Barcelona

-

Ya desde la literatura de ciencia ficción, ISAAC ASIMOV (1950) planteaba en el relato *Yo, robot* la posibilidad de que los robots desarrollasen conciencia, emociones e, incluso, pudieran desarrollar su propia escala de creencias (p. 21 de la obra recensionada). La doctrina actual ha analizado, como Asimov, la viabilidad de dotar de autonomía al robot, de atribuirle personalidad jurídica, como la tienen las personas físicas y jurídicas, y a su vez, de reconocerle como un ente con conciencia y dotado de derechos, de obligaciones y, por ende, de responsabilidad propia. En este sentido, la obra del PABLO RUIZ OSUNA ofrece una pormenorizada, rigurosa y completa investigación sobre esta doctrina filosófica, histórica, jurídica y comparada que ha valorado que los robots sean entes autónomos. Autores como GEORGE R. WRIGHT (1968), HUTAN AHSRAFIAN (2015), AMANDA WURAH (2017), S. M. SOLAIMAN (2017), DAVID J. GUNKEL (2018), CARMEN NÚÑEZ (2019), MANUEL ORTIZ (2020), SIMON CHESTERMAN (2020), CLAUDIO NOVELLI *et al* (2021), JOSHUA C. GELLERS (2021) o JOSÉ LUIS LACRUZ MANTECÓN (2023), ofrecen argumentos favorables y escépticos frente a la autonomía y la personalidad jurídica de los autómatas inteligentes.

A la vista del sugerente título del libro, la opinión del autor es favorable, con múltiples matices que va intercalando en su exposición, a atribuir personalidad jurídica al que denomina autómata inteligente. Un robot corpóreo, autónomo y sensible y que, además, es ciudadano. El libro toma como base la tesis doctoral defendida por el autor en septiembre de 2024 con *Cum Laude* en la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona, bajo la dirección del Prof. SERGIO NASARRE AZNAR, que realiza el prólogo. La obra se estructura en una introducción, cuatro capítulos titulados del siguiente modo: Persona, personalidad y capacidad. La naturaleza jurídica de los autómatas inteligentes. Marco legal de los autómatas inteligentes. Y Hacia un Derecho civil propio de los autómatas inteligentes. Cada capítulo incluye un apartado final de conclusiones. El libro se acompaña de una bibliografía de más de 600 obras jurídicas, históricas, filosóficas, resoluciones judiciales, normativa y otros documentos. El autor acredita así un compromiso riguroso con la investigación jurídica.

El capítulo I analiza el concepto de personalidad jurídica en la actualidad y en el pasado. Se expone en detalle la figura de la persona, de la capacidad de obrar, de los derechos de la personalidad en los ordenamientos históricos, analizados cronológicamente, y en el ordenamiento vigente. Así, indica que el concepto de persona ha sufrido cambios (p. 137). Resulta convincente el argumento de que quizá hubiera sido impensable la posibilidad de que los esclavos en tiempos romanos, con incapacidad absoluta y sujetos a la libre disposición de sus dueños, pudiesen ostentar por su condición humana la personalidad jurídica. Tal vez hubieran manifestado sus coetáneos el mismo escepticismo como el que genera ahora la posibilidad de que los robots puedan equipararse en personalidad a los seres humanos o a las personas jurídicas. En el capítulo II, se incluyen algunos conceptos esenciales de la robótica, desde el *bot* o programa informático, el robot inteligente o IA sensible o los andróides con forma humana, entre otros

tipos. Es aquí donde la obra aborda ya la controvertida «conciencia artificial». Significa que los robots puedan disponer de conciencia, que les permita tener capacidad de entender y querer y, al fin, ser susceptible de tener derechos, obligaciones y ser un centro de imputación de responsabilidad (para la que el autor prevé un seguro). La obra expone las dos visiones opuestas. Por un lado, la que considera que el avance en la inteligencia artificial (IA), en computación y en robótica, darán como resultado unos robots que actúen por sí mismos en el ámbito jurídico (Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica). Esta es la opinión de PABLO RUIZ OSUNA. Conceptúa el robot inteligente como aquel dotado de autonomía, aprendizaje, sensibilidad y una IA fuerte (p. 147). La IA puede tener la capacidad de ser responsable de los daños, a pesar de su falta de bienes personales, por lo que podría tener aparejada un seguro de responsabilidad civil (p. 280). Tras comparar al autómata inteligente con la persona física, la persona jurídica y los animales, todos ellos no asimilables totalmente, el autor se posiciona por la consideración del autómata inteligente como un *tertium genus*, que deberían estar dotados de personalidad jurídica (p. 238). Que el robot tenga o no cuerpo físico no es indispensable (p. 149), pues sólo una parte de los robots son andróides.

Por otro lado, el libro aborda la posición que entiende que, sin importar lo avanzado o sofisticado que sea, ningún artefacto puede ser considerado autónomo, tampoco ser considerado titular de moralidad y dignidad humanas (p. 163). Esta segunda posición es la mayoritaria. El 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, exige que un producto con IA disponga de un responsable del despliegue, definido como una persona física o jurídica, o autoridad pública, órgano u organismo que utilice un sistema de IA bajo su propia autoridad. Se evidencia así que los derechos de los robots han quedado en el olvido (p. 365).

Entre los matices que el autor intercala para el reconocimiento de la personalidad jurídica de los autómatas inteligentes están, como no podía ser de otra manera, las cuestiones relacionadas con la ética exigible a la IA y a una de sus manifestaciones más sofisticadas: los autómatas inteligentes. El autor expone sin ambages la necesidad de asegurar una IA, que califica como “humanista”, que garantice una mejor sociedad, más democrática y que garantice la cohesión, evitando la discriminación (p. 168). Y pone como ejemplo el caso de los vehículos autónomos. Es preceptivo, afirma, el control de la programación del algoritmo, que evite sesgos discriminatorios. En efecto, algunos vehículos van equipados con módulos electrónicos de hardware y software (*Automated Driving Systems*, ADS), que junto con radares, cámaras, sensores, mapas descargables, y conexión a la red, permiten una conducción altamente automatizada o plenamente autónoma mediante IA. El estado actual de comercialización está a nivel 4 SAE, como en ciertas ciudades de Estados Unidos de Norteamérica, donde la circulación autónoma de los robotaxis tiene lugar en áreas delimitadas. Pues bien, el autor resalta *hasta qué punto entraña dificultad la implementación de una ética para la IA* (p. 169), en este caso para los coches autónomos. Luego analiza la aplicación de la IA en el denominado The Moral Machine Experiment, sobre dilemas éticos en cuanto a accidentes de tráfico se refiere. Concluye que sea cual sea el contenido del algoritmo, los robots pueden eliminar el principio de incertidumbre de la humanidad, pues la decisión sería tomada de forma preestablecida. Admite que las máquinas pueden llegar a reducir la siniestralidad, pero resulta perturbador que ya sepamos incluso antes de que ocurra un accidente, quién vivirá y quién morirá (p. 182). Una muestra del interés en los

sesgos algorítmicos es la creación por la Comisión Europea del Centro Europeo para la Transparencia Algorítmica (ECAT), en Sevilla, cuya finalidad es valorar posibles riesgos sistémicos derivados de las grandes plataformas y motores de búsqueda online e investigar el impacto a largo plazo de los algoritmos. El Reglamento (UE) 2024/1689 señala que la Unión Europea ha de ser un líder mundial en el desarrollo de IA segura, digna de confianza y ética (ap. 8 preámbulo), y por “transparencia” entiende que los sistemas de IA se desarrollan y utilizan de un modo que permita una trazabilidad y explicabilidad adecuadas (ap. 27 preámbulo). Sin embargo, no hay un control público previo del contenido del algoritmo y de sus decisiones, depende de cada programador determinar la decisión, en este caso, el coche dotado con un producto que incorpora inteligencia artificial.

El capítulo III, sobre el marco legal actual de los autómatas inteligentes, analiza las iniciativas legislativas habidas en la Unión Europea sobre la IA, y la compara con las estrategias estadounidense, japonesa, china y latinoamericana. Sobre el estado de la cuestión en España, la posición minoritaria, a la que se adscribe el autor, es favorable a la creación de un *corpus* legislativo para dar respuesta al estatuto jurídico de los robots (p. 369). Y a ello se dedica el capítulo IV, titulado Hacia un Derecho civil propio de los autómatas inteligentes. El Dr. Ruiz Osuna, en primer lugar, analiza la doctrina que ha valorado la cuestión de la atribución de derechos de los robots de EVAN J. ZIMMERMAN (2014), ALFONSO CELOTTO (2019), JERSAIN ZADAMING LLAMAS (2019), M. STAMP DAWKINS (2022), CATRIN MISSELHORN (2022), ROBERTO NAVARRO-DOLMETSCH (2023), entre otros. En segundo lugar, mediante un análisis de los derechos humanos y su posible extensión, en todo o en parte, a los robots. Se trata de un jurista con formación avanzada que presenta, imagina, compara, propone soluciones jurídicas ante la posible existencia de autómatas inteligente dotados de autonomía y capacidad de sentir. El elemento básico es el concepto de personalidad electrónica. Detalla las reglas de los derechos de los autómatas, que incluyen el bienestar, los derechos de la personalidad de los robots, la capacidad contractual, los derechos patrimoniales, pero no los derechos de familia.

Finalmente, el autor concluye con una Propuesta de Ley sobre el régimen jurídico de los autómatas inteligentes. Es un novedoso planteamiento jurídico, no exento de dificultades. La primera deriva de la falta de Derecho positivo que sirva al autor como asidero en su investigación; ni en España ni en Derecho comparado los robots tienen reconocida personalidad jurídica, ni normas que puedan ser mejoradas. La segunda proviene de la incertidumbre tecnológica, pues tampoco se sabe cuándo surgirán autómatas inteligentes capaces de emular gran parte de las características de los humanos (p. 19). De hacerlo, será posiblemente el gran invento de este siglo (p. 20). El autor reitera en numerosas partes del libro: la IA no está tan desarrollada para permitir la existencia de autómatas inteligentes a quienes dotar de personalidad jurídica. El planteamiento es para el futuro, pero la aplicación de principios y reglas jurídicas actuales a cuestiones futuras supone limitaciones y lagunas, pues está ideados para temas presentes.

PABLO RUIZ OSUNA realiza una obra pionera en la ciencia española sobre la personalidad jurídica de los autómatas inteligentes. Incluye un análisis completo del estado del arte e incluye novedosas contribuciones personales. El libro resulta estimulante, controvertido y actual en el marco de la implementación acelerada de la IA en nuestra vida cotidiana.

Es claro que, 75 años después de la obra *Yo, robot*, de ASIMOV, la conciencia robótica no es una realidad. El desarrollo de la inteligencia artificial no es como el escritor de ciencia ficción lo había imaginado. Los androides no forman parte de nuestra vida cotidiana, ni han sustituido a los humanos en muchas de las funciones físicas que realiza. La máquina incrementa día a día sus funciones, muchas veces en sustitución del trabajo humano, pero todavía hay ámbitos reservados a los humanos. Por ejemplo, en las labores domésticas. Así, una cuestión esencial que me suscita el libro es la siguiente: si la inteligencia artificial avanza especialmente en el razonamiento, los humanos harán lo que las máquinas no sean capaces de hacer. Observo así el riesgo de que la IA nos subordine, por haber perdido el humano las competencias en el razonamiento.

**Ángel Carrasco Perera, Estudios sobre
prescripción civil y mercantil, Tecnos,
2025, 230 páginas.**

Albert Lamarca Marquès
Universitat Pompeu Fabra
albert.lamarca@upf.edu
-

El profesor Ángel Carrasco Perera, catedrático de derecho civil de la Universidad de Castilla - La Mancha, ha publicado un libro sobre prescripción extintiva, que comprende diversos estudios sobre aspectos sustantivos y procesales de esta institución jurídica en derecho civil y mercantil. Los trabajos son tributarios de una larga y fecunda trayectoria académica de más de cuatro décadas, que incluye la dirección del Centro de Estudios de Consumo (CESCO) de dicha universidad y su posición como consejero académico de una gran firma de servicios legales. En el prólogo a la obra, el profesor Carrasco ya anticipa que quedan otros trabajos pendientes sobre la prescripción, y que deja para una mejor ocasión, como son los relativos a la prescripción en los negocios coligados o a la doctrina del daño continuado, y que el tratamiento de los incluidos en el libro lo es en forma de ensayos jurídicos, de factura sucesiva en el tiempo.

La presentación para los lectores de *InDret* de una nueva monografía sobre prescripción extintiva continúa la senda de la llevada a cabo hace apenas unos meses en torno a la de los profesores [Andrés Domínguez Luelmo y Fernando Toribios Fuentes](#). A esta obra se hace remisión profusa en los *Estudios* del profesor Carrasco, como referencia obligada, pero la naturaleza de ambos trabajos es radicalmente distinta. Los *Estudios sobre prescripción civil y mercantil* son, como los califica el propio autor, y ya se ha dicho, una colección de ensayos jurídicos, los cuales pretenden desarrollar cuestiones concretas de la institución de la prescripción extintiva. No se trata, en ningún caso, de una exposición institucional de la materia, sino todo lo contrario. El libro adopta una perspectiva problemática en la exposición. Se tratan aspectos singulares, de manera fragmentaria, y que presentan una alta complejidad, en términos de investigación de frontera, y que marcan los límites del derecho como técnica de regulación de la vida en sociedad. El libro está estructurado en quince capítulos, que se refieren a otros tantos ámbitos de la prescripción extintiva, combinando los aspectos sustantivos del derecho con los procesales o de ejercicio judicial.

Los distintos ensayos cautivan rápidamente al lector, y captan su atención por su aproximación problemática a los temas tratados. La gran complejidad de las cuestiones planteadas, sin solución clara en una buena parte de ellas, como si fueran una suerte de enigma jurídico, confrontan al lector con sus propias capacidades y conocimientos para seguir el discurso. En este sentido, la exposición del profesor Carrasco transcurre por tres planos narrativos claramente diferenciados. A la exposición de la cuestión jurídica planteada, con las propuestas de solución, corre paralela una reflexión profunda sobre los límites de la ciencia jurídica y la naturaleza del derecho como creación humana para regular la vida en sociedad. Una exposición no se puede entender sin la otra. Al planteamiento y tratamiento de la temática relativa a la prescripción le acompaña un excursus sobre el derecho en general. A estos dos planos paralelos del discurso, le sigue un tercero consistente en trufar los ensayos de reflexiones singulares sobre la práctica jurídica y la realidad de la aplicación del derecho en España, consecuencia de la experiencia personal del autor y de su

atenta mirada desde las privilegiadas atalayas por las que ha transitado. El trabajo tiene muchísimas virtudes, como se verá, entre las cuáles no es menor el diálogo con los grandes autores de la doctrina del *ius commune* castellano en lengua latina. Pero, como ya se ha afirmado, en ningún caso se trata de una exposición sistemática ni institucional del derecho de la prescripción extintiva, sino todo lo contrario, es una exposición problemática y fragmentaria. En el libro el lector no encontrará un manual o prontuario práctico sobre la institución, sino la exposición e intento de explicación de supuestos complejos, quizás irresolubles para el jurista, pero que pondrán a prueba su capacidad de entendimiento de lo que plantea el autor, y le forzarán a una reflexión interior sobre su concepción del derecho, especialmente del privado. Nada mejor para conocer el trabajo en detalle, y glosar sus muchas bondades, que adentrarse en los distintos capítulos de la obra, asumiendo que es imposible tratar de manera completa los muchísimos temas que la misma plantea.

El primer capítulo principia con un título provocador, por cuanto se refiere a okupas, y aborda el tratamiento de la cuestión de los instrumentos jurídicos a disposición del propietario para liberar su propiedad de okupantes no deseados. Sin embargo, su contenido constituye un tratamiento profundo sobre cuestiones clásicas del derecho privado, relativas a la tutela de la propiedad y de la posesión, mediatizadas por el paso del tiempo con el instituto de la prescripción y por su articulación procesal. Tal como parece suceder para la mayoría de estudios o ensayos del libro, cada capítulo responde a una cuestión práctica planteada al autor sobre un supuesto concreto, que le ha llevado a reflexionar de manera completa sobre un sector de la realidad jurídica. La cuestión puntual sobre cuál es la manera más efectiva para deshacerse de okupas, conduce a una exposición exhaustiva sobre los instrumentos disponibles para la tutela de la propiedad y de la posesión. La aborrecible problemática de actualidad, dramática para muchos propietarios y socialmente perniciosa, alza el vuelo jurídicamente de la mano del autor, con un diálogo fecundo con las grandes categorías de los derechos reales y las cuestiones que plantean.

El capítulo arranca con un breve proemio sobre el concepto posesorio del okupa, que genera perplejidad, en la medida en que no parece poder reducirse a las clásicas distinciones tradicionales sobre tipos de posesión. Acto seguido, el autor confronta al lector con la clásica cuestión de la relación entre acción reivindicatoria inmobiliaria y prescripción. Esto es, si la acción puede prescribir para el propietario sin que, correlativamente, otra persona haya adquirido la propiedad por usucapión. Aplicada la institución de la prescripción extintiva a esta acción, podría llegarse al absurdo de que el propietario se viera privado de la tutela de su propiedad sin, a la vez, perderla. Un efecto que no parece deseable, en la medida en que el contenido del derecho de propiedad está en el uso y el goce, además de la disposición, y sin tutela reivindicatoria el derecho quedaría prácticamente en nada. Como “obertura” sorpresiva de la composición de diversos ensayos en que consiste el libro, el autor no podía haber elegido mejor tema: el lector queda desconcertado de entrada ante la reducción al absurdo a que puede llevar el derecho para la práctica de la vida social.

A lo largo del capítulo primero se deconstruye la totalidad del sistema de protección de la propiedad y de la posesión, el cual, a diferencia de lo que pueda parecer, es plural y, en parte, contradictorio o con superposición de remedios a distintos niveles. Su articulación procesal también es plural y, hasta cierto punto, presenta solapamientos palmarios. La virtud del autor está en hacer evidente lo que la maraña legislativa e institucional disimula: no hay una única forma de tutelar la propiedad y la posesión, y existe una superposición de remedios distintos con articulación procesal también distinta. Reivindicatoria frente a usurpadores y desahucio frente a

precaristas, con relaciones jurídico-reales y obligacionales de base, y con procedimientos judiciales diferenciados, desfilan en el análisis pormenorizado que se lleva a cabo en este capítulo. En su deconstrucción del sistema de remedios, se analizan las distintas instituciones vinculadas a propiedad y posesión y su tutela, de un modo que lleva al lector a la conclusión que será la sagacidad y habilidad del operador jurídico en su elección, y posterior ejercicio, de la que dependerá el éxito de la pretensión del propietario frente a okupantes indeseados.

Tal como se ha avanzado, y de manera también singular en la actual doctrina, el autor dialoga con autores clásicos de la doctrina castellana en latín, poco citados en la actualidad y que parecen no estar al alcance de la mayoría de la doctrina, por mucho que estas obras estén disponibles apenas a un par clics de ordenador en repertorios digitales. Este recurso recuerda al lector que la argumentación del jurista consiste, en lo fundamental, en el arte de la *distinctio*, en saber distinguir. Con todo, y aquí un ejemplo del discurso paralelo que encierra el libro, la distinción no lleva necesariamente a encontrar la piedra filosofal que reduzca las diversas instituciones jurídicas al ideal de la coherencia y completud del ordenamiento jurídico. Este ideal queda como tal, y el profesor Carrasco, de manera programática, ante el cúmulo de contradicciones que observa en su fino análisis afirma: “Y en el peor de los casos, no pasa nada, las opciones de unos y otros quedan empantanadas en un limbo irresoluble de un estado irracional en el que se tendrán que mover eficazmente si quieren salir del estado de entropía perpetuo, que el sistema normativo absorbe *pro domo sua* como otras muchas contradicciones irresolubles que se quedan para siempre en el sistema. Irracionalidad, es el movimiento del *Tao* del Derecho. El sistema jurídico está plagado de estados de hechos desconfigurados, y aberrantes a veces, que proceden de las carencias cognitivas de los pleiteantes o de las limitaciones del proceso civil”. Que las cosas sean así no empece a que el jurista deba esforzarse en distinguir y moverse en un sistema ideal o abstracto de conceptos.

Este primer capítulo es un ejemplo magistral de argumentación jurídica, confrontada con la realidad práctica y la articulación procesal de las pretensiones, que sitúa al lector en su propia y particular dimensión ante la obra. El capítulo se cierra con una conclusión, y ésta es otra característica a valorar positivamente del libro: en la mayor parte de los trabajos la exposición se cierra con una breve conclusión, que no recapitulación. A pesar de la complejidad argumentativa de los ensayos, y de que todos tienen un hilo argumental definido -no hay puntada sin hilo en la exposición- el autor se esfuerza en formular una conclusión para cada problema jurídico que afronta. Intenta desentrañar la complejidad existente, no enmarañarla todavía más. Todo lo apuntado en este primer ensayo se desarrollará en los que le siguen, y su glosa concreta daría acaso para mucho más de las apenas treinta páginas que ocupa. La idea de fondo es que la recuperación de los bienes por su propietario se puede conseguir con distintos remedios o instrumentos dispuestos por el ordenamiento, y con procedimientos judiciales también distintos. La prescripción es una de las piezas del sistema, en ocasiones distorsionadora, y que opera en planos, a la vez, obligacionales y reales, materiales y procesales, sobre la propiedad o la mera posesión, frente a la usurpación o una posesión tolerada. Esta diversidad de situaciones de hecho y de realidades jurídicas da lugar a una práctica orientada a la restitución plagada de contradicciones y dificultades. Como ya se ha dicho, la habilidad del jurista en cada caso será determinante para hacer triunfar los intereses del cliente en concreto.

Los capítulos segundo y tercero abordan la cuestión de la relación entre la acción declarativa de nulidad de una cláusula abusiva en un contrato con consumidores y la pretensión subsiguiente a la eficacia restitutoria de la declaración de nulidad, en cuanto a la prescripción. El tema es el

consabido de la nulidad de una cláusula de repercusión de gastos hipotecarios y la posterior pretensión a la restitución de estos gastos, que resulta de la nulidad de la cláusula. Su actualidad y gran repercusión práctica y mediática es de sobras conocida, llegando los medios de comunicación, en telediarios en horas de máxima audiencia, a informar con detalle de los plazos de prescripción aplicables a los consumidores afectados. La resolución de la cuestión está claramente mediatizada por las sucesivas decisiones judiciales de los tribunales europeos y españoles, con decisiones no siempre coincidentes o con plena coherencia entre ellas. En ambos capítulos se trata cumplidamente de ello, pero desde perspectivas distintas.

El capítulo segundo distingue entre ambas pretensiones, la primera relativa a la declaración de nulidad de la cláusula, y la segunda a la restitución de los gastos hipotecarios pagados en su día. El tema de fondo está en si se puede distinguir a efectos de límites temporales, entre una acción en principio no sujeta a ellos, la declarativa de nulidad, y otra que sí lo está, la de restitución de los gastos, pero que, a la vez, depende de la primera. Si bien no habría límite temporal para instar la nulidad de una cláusula abusiva, sí que lo habría para hacer efectiva esta declaración de nulidad. La cuestión reside, como siempre en materia de prescripción, en la determinación del *dies a quo*. Si bien no hay límite para obtener una declaración de abusividad y, con ello, de nulidad de una cláusula, lo mismo no se puede decir de los efectos que produce esta nulidad declarada. El diálogo fructífero -con visos de laberinto judicial- entre los tribunales europeos y españoles puede llevar a frustración a los consumidores concernidos, y todo por la cuestión de la determinación precisa del plazo de prescripción y del momento de inicio de su cómputo, una cuestión distinta, pero estrechamente vinculada, a la de la declaración de nulidad.

Entre toda esta maraña, aflora la cuestión de cuál es el criterio en el derecho español del Código civil para determinar el momento de inicio del cómputo de los plazos de prescripción. En este punto, en el ensayo se desliza una crítica a la necesidad de distinguir en el trabajo académico entre el derecho que nos gustaría que fuera y el derecho que es. El académico debe hacer avanzar los confines de la investigación jurídica planteando otras opciones normativas a las existentes. El académico puede y debe escribir el derecho que podría ser, pero no puede ni debe reescribir el derecho que es. O lo que es lo mismo, el académico puede criticar el derecho vigente, pero no puede desconocerlo o negarlo si se le pide su opinión sobre cuál es la regla aplicable en un determinado supuesto de hecho conforme al ordenamiento jurídico. Y ello es especialmente relevante en cuanto a la noción de la *actio nata*, que en principio resulta de la regla general del artículo 1969 del Código civil, y que se ha distorsionado en los últimos años. Este precepto dice lo que dice, y no lo que en muchas ocasiones se le quiere hacer decir a conveniencia.

En materia de prescripción, a nivel comparado, se han producido estudios y aportaciones muy relevantes en los últimos tiempos, de las que se ha hecho eco la doctrina española. Instituciones tales como la suspensión del cómputo del plazo de prescripción, o el criterio de la cognoscibilidad -subjetivo pero objetivado- para la fijación del *dies a quo*, distinto del tradicional de la *actio nata*, son innovaciones relevantes que el académico no puede desconocer, pero nada de ello está expresamente recogido en la normativa del Código civil, prácticamente inalterada desde 1889. El profesor Carrasco denomina como propuestas *praeter legem* a los desarrollos académicos que nunca deben confundirse con una exposición *secundum legem*, la cual debe presidir la opinión legal expresada ante una consulta sobre un caso real. Aquí reside otra idea que corre paralela en el discurso sobre la exposición de la cuestión jurídica concreta analizada.

En el laberinto de la cuestión concreta, el autor desbroza el terreno sobre cuál es la regla legal vigente, en cuanto a los límites temporales, para la reclamación de la restitución de los gastos hipotecarios, en virtud de una cláusula declarada nula. En este punto, y con la imagen de los “enanos subidos a hombros de gigantes”, se ponen de relieve las limitaciones al ejercicio de pretensiones de este tipo, en supuestos de litigación masiva para pequeñas cuantías que no deberían exigir una acción judicial individual. Debería poderse realizar para cada concreto caso la doctrina judicial establecida para otros sin necesidad de ejercicio judicial del derecho reconocido en abstracto. El autor traza una distinción relevante, que resulta de la normativa procesal, sobre las acciones declarativas y las de condena, y su proyección en el supuesto concreto, así como su efecto sobre la prescripción de la segunda, en cuanto a *dies a quo* y cómputo del plazo aplicable. La distinción entre estos dos tipos de pretensiones, declarativa y de condena, y la dependencia de la segunda de la primera, en cuanto a su efectividad, influye claramente en la prescripción en términos de inicio del cómputo, de una manera que puede llevar, en palabras del autor a “un bucle infinito”.

El profesor Carrasco recurre a la terminología de la lógica formal para calificar lo mucho que se afirma en la materia como un “paralogismo”, muy habitual e inevitable en el mundo jurídico (“la inconsistencia de la teoría”: “ni sostiene lo que parecen estar sosteniendo ni los argumentos que se ofrecen justificarían la tesis que parece estar sosteniéndose, sino otra”). El derecho es una de las grandes creaciones humanas, quizás junto con la religión la mayor, para explicar la vida en sociedad, formulada en un lenguaje verbal. Pero como tal obra humana formulada en un lenguaje verbal es claramente imperfecta y limitada para describir y comprender toda la complejidad de la realidad. El jurista debe argumentar de manera abstracta, con conceptos, construyendo categorías o instituciones, que deben aspirar a la coherencia y completud. Pero todo ello es así: una aspiración. La realidad es que esta obra humana tiene grandes limitaciones que se concretan en incoherencias flagrantes. El sistema jurídico creado aspira a serlo, pero tiene imperfecciones inevitables. El capítulo concluye con una propuesta sobre el concreto *dies a quo* de la acción restitutoria y un apunte sobre el argumento que desarrollará en el siguiente.

Una vez llegado al tercer capítulo, el lector está cautivado por la cantidad abrumadora de argumentos presentes en las apenas primeras cincuenta páginas del libro, y la afrenta que todo ello supone a su propia capacidad y suficiencia: los ensayos confrontan al lector con sus seguridades y conocimientos sobre el mundo del derecho. Es tal la cantidad de cuestiones que la obra plantea, que la posible zozobra muta en deseo del lector de saber que sabe todavía menos que antes de empezar, otra de las virtudes del libro. Este tercer capítulo se inicia con un apunte de tradición jurídica canónica -la gran olvidada del *ius commune*- a la cual el lector parece no encontrar sentido hasta muy avanzada la lectura. Pero como se ha dicho, en el libro no hay puntada sin hilo. El profesor Carrasco se ocupa de la importancia de la buena o mala fe en materia de prescripción extintiva, una cuestión inexistente en el derecho vigente, a diferencia de lo que pueda suceder para la prescripción adquisitiva o usucapión. Y en este punto trae a colación la doctrina jurídica clásica castellana escrita en latín. Desde el presente sorprende el nivel de esta doctrina por la cantidad de temas y argumentos de que trata. No es cierta la afirmación de que todo está ya escrito en los clásicos, pero sí lo es que mucho está allí escrito. La cuestión que asalta al lector es cómo pudo suceder que este acervo doctrinal tan prolijo se diluyera en la doctrina posterior, como si nunca hubiera existido. Quizás la respuesta pasa por considerar que la codificación arrambló con el material legislativo que había servido de fundamento a esta doctrina tan extensa, los derechos canónico y romano, de mucha mayor extensión y complejidad que el

nuevo derecho privado codificado, el cual aspiraba a la simplicidad, y de aquí la menor densidad de la doctrina coetánea.

Sea como fuere, el recurso a la doctrina de la buena fe no es un mero ejercicio preciosista anticuario de un académico ocioso, sino todo lo contrario. El estudio de la buena y la mala fe en la posesión para usucapir, prevista en el derecho vigente, permite introducir la idea de su divisibilidad o no y de la posible inaplicación del brocardo *mala fides superveniens non nocet* al derecho de la prescripción extintiva, en concreto, para la cuestión planteada en el capítulo precedente. Y toda esta argumentación, que de entrada se antoja incomprensible, y por la que se ha dejado llevar, la entiende el lector de golpe a partir de la página 75 siguiente. Lo que se inicia como una suerte de fábula sobre el derecho canónico, acaba por plantear que el conocimiento por parte de la entidad bancaria de la nulidad de la cláusula de gastos por abusiva, debe tener su proyección en cuanto a su restitución a los consumidores en términos de impedir la alegación de la prescripción extintiva. No es razonable alegar esta prescripción frente al consumidor reclamante cuando la entidad bancaria ha sido plenamente consciente de la nulidad de la cláusula, en el contrato concreto, y de la obligación de devolver los gastos, sin paliativo alguno. En este caso *mala fides nocet* y el deudor de mala fe, en cuanto a la retención de los gastos, está abusando de su derecho si alega prescripción de la pretensión del deudor víctima de la cláusula - a su vez- abusiva. Los tribunales no deberían admitir aquí la excepción de prescripción, por suponer un ejercicio abusivo del derecho, proscrito por el artículo 7 del Código civil.

El capítulo cuarto versa sobre la caducidad de la acción de nulidad contractual. Tratar de este tema permite al autor cargar contra la reforma del Código civil por la Ley 8/2021, en materia de capacidad jurídica, especialmente sobre sus fundamentos y los efectos de la reforma sobre la práctica del derecho y la eficaz protección de las personas con discapacidad. Los calificativos sobre esta reforma están enunciados de manera franca al fin de la página 77, sin escamoteos, a ellos me remito. Al hilo de esta reforma, el autor se propone distinguir entre caducidad y prescripción, y demostrar que la distinción dogmática, necesaria y, por ello, también imperfecta, no es tan nítida como se presupone. El ejercicio parte de la modificación textual del artículo 1301 del Código civil, entre el “solo durará” precedente y el “caducará” vigente. La doctrina había afirmado que la caducidad, inexistente como tal institución distinta en el texto del CC, se podía identificar en función de la naturaleza de la acción prevista por el legislador, así como de la dicción legal de los plazos establecidos. Si el legislador afirma que una acción “dura” entonces muy probablemente es que se trata de un plazo de caducidad. De nuevo se recurre a la terminología de la lógica formal para afirmar que el contenido del capítulo no consistirá en una disquisición sobre terminología legal, sino sobre efectos jurídicos. La logomaquia sería lo primero, mientras que es función del jurista no distinguir entre el *nomen iuris*, sino sobre regímenes jurídicos, sobre efectos de las instituciones, que es lo que, a fin de cuentas, permite distinguirlas, y de aquí que a cada institución distinta le corresponda un nombre propio para identificarla.

El autor recurre a la distinción teórica básica entre prescripción y caducidad para plantear que las cosas no son tal como se asume y, además, añadir que “las leyes deberían desistir del intento infructuoso de calificar los plazos de ejercicio como caducidad o prescripción”. A diferencia de lo afirmado en capítulos precedentes, aquí sí que considera que sobre la cuestión se permite al intérprete una “interpretación abrogante” de las normas jurídicas, en la distinción mencionada, con base en el clásico brocardo “falsa demonstratio non nocet”. La distinción básica pasa por la posibilidad de interrupción de la prescripción frente a la caducidad, y también de su apreciación

de oficio por el juez. Una aproximación realista a la práctica de las acciones de nulidad permite demostrar que las cosas no son tan tajantes como podrían parecer, y el intérprete debe distinguir en función de cada supuesto de hecho concreto. Con este ensayo, el profesor Carrasco se propone demostrar que la distinción es menos grave que la teoría permitiría. Y ello, de nuevo, con la ya anunciada *summa divisio* entre acciones declarativas y acciones de condena, o lo que es lo mismo, la declaración de nulidad del contrato y los efectos restitutorios derivados de esta nulidad, que es la cuestión relevante en la práctica. Para el ejercicio de distinción y de erosión de la misma, introduce las categorías de las pretensiones y los derechos potestativos, en cuanto a su limitación temporal y régimen jurídico. El ensayo acaba con el análisis de los supuestos paradigmáticos de la acción de nulidad y una conclusión favorable a considerar que los efectos de la prescripción son dominantes en el ámbito de los remedios “por lesión contractual”. El autor introduce aquí un elemento nuclear en la configuración del derecho español de la prescripción: la posibilidad de interrupción por reclamación extrajudicial. Esta singularidad española determina muchas de las afirmadas diferencias entre caducidad y prescripción y da lugar a un régimen distinto en derecho comparado. En todo caso, y como reflexión final, el capítulo trasluce cómo el legislador carga en el operador jurídico los costes de calificar la pretensión que se está ejercitando y, con ella, la determinación de su régimen jurídico, cuando todo ello podría derivar de una decisión legislativa clara y precisa, a pesar de su más que probable imperfección. El capítulo acaba con una afirmación algo críptica sobre estas capacidades del legislador actual, en cuanto a las posibilidades de reforma del derecho privado.

Los capítulos quinto y sexto tratan de la relación existente entre prescripción y derecho de garantías. En este ámbito constituye un desiderátum de la práctica inmunizar a las garantías de los avatares a que el paso del tiempo, en forma de prescripción, puede dar lugar como excepción para evitar su cumplimiento. En primer lugar, se trata con detalle la cuestión de la accesoriedad de la garantía y de la existencia de un mismo o distinto plazo de prescripción para el ejercicio de la acción dirigida al cobro de la deuda sobre la garantía. La cuestión se refleja claramente en la regulación de la prescripción de la acción hipotecaria, prevista en los artículos 128 de la Ley hipotecaria y 1965 del Código civil, frente al plazo de prescripción de la acción personal para el cumplimiento de la deuda garantizada. Este tema es objeto de desarrollo particular y con vocación de generalidad, de modo que incluye una relevante conclusión en forma de excurso. De nuevo, lo que se expone queda mediatizado por la posibilidad de interrupción extrajudicial de la prescripción en derecho español, una singularidad facilitadora de la procrastinación de las reclamaciones, de la que el jurista acaso no es lo suficientemente consciente.

En segundo lugar, la relación entre prescripción y garantías se manifiesta vivamente en relación con las llamadas garantías a primer requerimiento, como garantías autónomas y no accesorias. En este tipo de garantías, y sobre su eficacia querida, es relevante determinar los efectos de la prescripción de la deuda garantizada sobre las mismas, lo que es distinto de lo que puede suceder para la fianza. El profesor Carrasco lleva a cabo un análisis detenido del régimen de estas denominadas garantías a primer requerimiento, con base en la jurisprudencia que resulta de las sentencias del Tribunal Supremo. Para ello refiere aquí oportunamente, tal como se hace a lo largo del libro, a los comentarios de las mismas aparecidos periódicamente en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Todo ello le permite analizar críticamente la cuestión de la relación entre la prescripción de la deuda subyacente garantizada y el carácter autónomo de la garantía prestada, dados los avatares a que la somete el funcionamiento del sistema procesal. Para el autor, se puede concluir que, en derecho español “solo los bancos y otras entidades financieras son creíbles como entidades garantes”, de modo que si una garantía de este tipo ha sido otorgada

“por un particular, por un administrador social, por una sociedad matriz, no tiene más fuerza que si se hubiera otorgado una fianza”.

El capítulo séptimo se ocupa de la interrupción de la prescripción en el seguro de responsabilidad civil y en el de caución, además de la interrupción frente a responsables solidarios tributarios. A pesar de lo preciso del título, que combina ámbitos muy distintos del derecho, privado y público, el capítulo inicia la cuestión compleja de la relación entre solidaridad pasiva -que puede ser propia e impropia- y prescripción. Tal como refiere el autor en el prólogo, y a pesar del título del libro, dedicado al derecho privado, hace una incursión en el derecho público, puesto que en el mismo la institución de la prescripción también tiene un rol muy relevante, singularmente en derecho tributario. En primer lugar, recurre a los seguros de responsabilidad civil y de caución, para introducir la cuestión de la existencia de distintos responsables para una misma deuda, los cuales pueden serlo por títulos distintos, pero que, de manera general, pueden reducirse a la idea de la solidaridad de deudores. Este planteamiento le permite analizar críticamente la doctrina jurisprudencial sobre la denominada solidaridad impropia, y la obligada distinción en materia de interrupción de la prescripción. Una vez clarificado el escenario en derecho privado, puede llevar a cabo una crítica de lo que sucede en derecho tributario en relación con los denominados “responsables solidarios de la deuda tributaria”, que todo indica que deben ser considerados como un supuesto de solidaridad impropia. Ello no deja de ser un ejercicio estimulante, desde el punto de vista de la unidad del ordenamiento jurídico, pero supone, a la vez, una preterición del carácter autónomo del derecho público y de la utilización contingente por éste de las categorías acuñadas por el derecho privado. Descubrir que en derecho público se utilizan unos mismos nombres para denominar unas instituciones contradictorias con su comprensión y régimen jurídico en derecho privado, supone reconocer su autonomía, tanto científica como normativa, sin la posibilidad -más que académica- de criticar lo erróneo o hasta disparatado de tal utilización.

El capítulo octavo del libro relaciona el derecho de la prescripción con los contratos de adquisición de empresas, que remite a la terminología anglosajona de *Sale Purchase Agreements* o *Mergers and Acquisitions*. El profesor Carrasco se explaya sobre la práctica legal española en este ámbito, presidida por modelos del *Common Law* trasplantados a nuestra cultura jurídica continental, en ocasiones traducidos y en otras ni eso, lo que supone un caso claro de aculturación jurídica. Para el autor, la práctica es muy deficiente, pero lo importante en estas operaciones no es tanto la corrección de los instrumentos jurídicos empleados como la valoración de la empresa a adquirir y el establecimiento de unas garantías para el comprador frente al vendedor, una vez realizada la oportuna *due diligence*. En relación con estas garantías es muy relevante la fijación de un marco temporal para las mismas, lo que permite distinguir entre los plazos para su manifestación y denuncia, así como los plazos relativos al ejercicio de las pretensiones a la indemnización de daños. Ello permite tratar de la cuestión de la autonomía privada en materia de prescripción, pero también de la necesaria distinción entre plazos de garantía y de prescripción, es decir, el periodo de tiempo durante el cual se puede manifestar un incumplimiento y el plazo durante el cual se puede accionar para obtener el resarcimiento del daño causado. Estos dos periodos o ventanas temporales son objeto de denominaciones diversas, pero su realidad material, necesitada de distinción, es la comentada. A ello se dedica críticamente el capítulo, además de hacerlo a la ya mencionada crítica de la práctica profesional más habitual. Además, se analizan los supuestos de *Third Party Claim*, es decir, aquellas reclamaciones distintas de las que derivan de la relación contractual establecida entre vendedor y comprador, pero en relación con la sociedad vendida, las cuales han de tener un régimen de prescripción propio.

Con el capítulo noveno se inicia la parte del volumen dedicada a temas de derecho mercantil. Tanto este capítulo como el décimo son los ensayos más breves, de apenas unas pocas páginas, pero no por ello menos interesantes. Una vez el lector ha llegado a este punto del libro la fascinación inicial no es que decaiga, pero la intensidad de los primeros capítulos, sobre temas centrales del derecho civil, queda temperada por una exposición más pausada o con una densidad o dispersión de temas complejos menor. No por ello los capítulos siguientes pasan a ser accesorios en relación con los primeros, ni mucho menos, pero sí que son más contenidos en cuanto a la interrelación de temas propios del conjunto del derecho privado.

La primera cuestión objeto de estudio es la relativa a la prescripción de la acción de responsabilidad contra el administrador social por incumplimiento de los deberes de lealtad. Este tema, a pesar de lo afirmado en el prólogo, permite al autor introducir la cuestión difícil de la continuidad en el tiempo de la conducta que da lugar a la causación de unos daños, que pueden calificarse como de continuados o sucesivos, pero también de permanentes, en función de las circunstancias. Lo relevante del caso está en distinguir entre la continuidad de la conducta causante del perjuicio y el carácter continuado del daño, que son realidades distintas. El autor centra la exposición en la distinción entre la noción de acto discreto en el tiempo, como acto puntual o no continuo, y la conducta que constituye un continuo indivisible. Y de ello se puede tratar en materia de incumplimiento por los administradores de su deber de lealtad, la cual da lugar a una acción de responsabilidad. La exposición se completa con un análisis de la innovación introducida en el segundo párrafo del artículo 1964 del CC sobre obligaciones continuadas de hacer o de no hacer -el único artículo del Título XVIII del Libro cuarto del CC modificado en más de un siglo- en relación con el deber de lealtad del administrador. En éste, como en otros supuestos, debe distinguirse entre los actos discretos y los indivisibles o de estado continuo -si es posible- lo que dará lugar a consecuencias divergentes en materia de prescripción.

En el capítulo décimo se vuelve, de nuevo, sobre la relación entre las acciones declarativas de nulidad y las de condena a la restitución derivada de la declaración de nulidad, pero, en este caso, como consecuencia de un negocio simulado, es decir, en el cual todo apunta a que no habría nada que restituir. Se trataría de una simulación negocial consistente en una aportación dineraria inexistente a la sociedad, que habría dado lugar a la adquisición de la condición de socio en favor del aportante simulador. El caso, por supuesto, es de simulación absoluta y no relativa. A raíz de este supuesto real, y como ya se ha dicho, se retoma la cuestión de “la difusa línea entre efectos negociales y efectos materiales”, o la distinción existente entre “espacios de nulidad y espacios de restitución”. A efectos del discurso se ha puesto el caso extremo de declaración de nulidad sin -aparentemente- nada que restituir y, además, para reforzar la cuestión se añade el supuesto singular de la causa torpe (*in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*). Este capítulo, como los demás, pone de relieve la complejidad a que puede llevar el razonamiento jurídico, y los límites claros de las creaciones de la mente humana formuladas en un lenguaje verbal. El libro sitúa a cada uno en su justa medida. Sin embargo, qué duda cabe que los operadores jurídicos necesitan reglas claras, precisas, accesibles. A pesar de que todo sea muy complejo, o se pueda complicar mucho por un buen jurista, también la sencillez o la simplicidad en la práctica del derecho debe ponerse en valor. La seguridad jurídica y el fin último del derecho están de su lado.

El capítulo decimoprimer trata de la cuestión de la prescripción de las acciones de responsabilidad frente a los administradores sociales, en sus distintas variantes. El tema permite al autor adentrarse en el estudio de la prescripción en el Código de comercio de 1885, para

criticarlo de manera retrospectiva, desde lo mucho que sabemos sobre todo ello 140 años después. Así, lo recorrido en este tiempo permite distinguir entre plazos durante los cuales puede ejercitarse la acción, claramente como de prescripción o de caducidad, de plazos que tienen en cuenta otros supuestos, como serían aquellos durante los cuales debe manifestarse un daño o una determinada conducta, los cuales dan lugar al inicio del cómputo de prescripción o de caducidad. Esta distinción entre tipos de plazos permite al profesor Carrasco introducir la figura de los plazos máximos, que será objeto de estudio específico en los dos capítulos siguientes. Con ello, lleva a cabo una propuesta interpretativa de la norma contenida en el artículo 949 del Código de comercio. Esta regla se pone en relación con el vigente artículo 241 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Sobre este precepto, el autor afirma que es “una muestra más de cómo las reformas en nuestras leyes de derecho privado se suceden al albur de lo mucho que se ignora del derecho general [...] La nueva norma es una desgracia y propongo una interpretación máximamente reductora. Simplemente porque carece de justicia intrínseca”. Esta, como otras tantas afirmaciones del libro, se corresponde con el tercer plano de discurso en él comprendido, mediante el cual el profesor Carrasco manifiesta su opinión sobre cuestiones generales del derecho, que son de interés para el lector. La anterior afirmación, y el tratamiento de la cuestión sobre la prescripción de las acciones de responsabilidad de administradores, no debe confundirse con la mala doctrina que afirma que en derecho todo es opinable, o que todo es relativo, y que depende de quién lo aplique. Que el derecho permita y exija un ejercicio de distinción no quiere decir que todo sea admisible en su interpretación y aplicación, sino todo lo contrario, y lo expuesto en este capítulo es buena muestra de ello.

Los capítulos decimosegundo a decimocuarto adentran al lector en el derecho de la competencia y las distintas cuestiones que plantea en materia de prescripción. En primer lugar, se analiza la regla del vigente artículo 35 de la Ley de Competencia Desleal, en relación con el precedente artículo 21 de la misma Ley, con anterioridad a la modificación de la Ley 29/2009. La dualidad de plazos del precepto es un supuesto claro de plazo de prescripción y de plazo máximo o de preclusión. La inspiración alemana de la normativa sobre competencia desleal, como también la del derecho de marcas, da razón de esta distinción y de la regulación de los plazos complementarios al de prescripción, que se conocen como *Verjährungshöchtsfristen*, y están regulados de modo general en el § 199 del BGB. La explicación del sentido de los dos plazos del artículo 35 de la LCD ya había sido puesta de relieve oportunamente por la doctrina, pero todo indica que sin mucho éxito, a pesar de su falta de comprensión generalizada, especialmente por la jurisprudencia y la doctrina mercantil, pues sólo bastaba con remitirse y entender su modelo original alemán (cfr. CC/C 87/2011 § 2316). La dicción actual del último inciso del artículo 35 resulta expresamente de la doctrina establecida por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en su interpretación del originario artículo 21, una cuestión para nada pacífica. El artículo 35 acoge un sistema de inicio subjetivo del cómputo del plazo de prescripción, con posibilidad de interrupción, al que correlativamente debe anudarse un plazo máximo durante el cual ha de poder computarse el plazo de prescripción. Sin embargo, lo perplejo del caso es que la modificación del último inciso del precepto no es coherente con el sistema de cómputo subjetivo que acoge, el cual, a su vez, se adapta a los diferentes tipos de conductas infractoras posibles y las pretensiones de tutela existentes. Por ello es certera la crítica del profesor Carrasco a la doctrina jurisprudencial, que no tiene en cuenta la filiación alemana de la norma, y su sentido y coherencia en el primigenio artículo 21. Si se copia o se sigue un modelo extranjero se debe hacer con todas sus consecuencias, y no de manera descontextualizada.

Los capítulos decimotercero y decimocuarto continúan con cuestiones vinculadas al derecho de la competencia, en concreto, sobre la prescripción de la acción de daños competenciales y la solidaridad entre los miembros de un cártel. A pesar de tratarse específicamente de los temas enunciados en sus títulos correspondientes, en el primero de ellos se trata específicamente también de las reglas de derecho transitorio en cuanto a plazos de prescripción, una cuestión muy relevante en los supuestos de sucesión de normas con plazos distintos. En el segundo de los capítulos se trata también, de nuevo, sobre la relación entre solidaridad pasiva y prescripción, específicamente por la concurrencia de diversos sujetos en la producción de ilícitos competenciales.

El capítulo decimoquinto y último también incide en la distinción entre acciones declarativas y de condena aplicada a los llamados daños latentes o, como con mayor precisión si cabe se afirma, daños sucesivos. Esta materia es la que el autor expuso en un seminario en la Universitat Pompeu Fabra, en el pasado mes de octubre de 2024, al que se refiere en el prólogo. Se plantea el supuesto en que una persona contrae una enfermedad que, de presente, no le provoca más daño que la existencia de la misma, pero que en el futuro es posible y probable que le provoque daños que pueden hasta causarle la muerte. Estos supuestos se han tratado en la jurisprudencia, singularmente por razón del virus de la hepatitis C y por la exposición al amianto, como se detalla en el capítulo. Aquí, de nuevo, es fundamental para la resolución de las reclamaciones la aplicación correcta de las herramientas propias del instituto de la prescripción extintiva: la determinación del *dies a quo*, su posible interrupción y suspensión, y la calificación correcta de la naturaleza de los daños a indemnizar y la pretensión del perjudicado.

El profesor Carrasco plantea la distinción entre la acción tendente a la declaración de la existencia de la infección (*el estado de envenenamiento*), y la acción de condena al resarcimiento de los daños efectivos, evaluables económicamente e individualizados -en la terminología del artículo 32.2 de la LRJSP- que deben ser indemnizados en cada momento, para los cuales regirá la prescripción correspondiente a partir de la fecha de su manifestación y completa determinación. Con esta propuesta se rompe con el carácter imprescriptible que, en la práctica, podría atribuirse a este tipo de daños continuados. A la propuesta de derecho material le sigue una interesante reconstrucción de su posible vertiente procesal, con fundamento en el derecho vigente de la LEC, y las limitaciones que resultan de los específicos procedimientos que regula.

A pesar de la extensión de estas páginas, no es posible condensar en una reseña como la presente la gran cantidad y calidad de las cuestiones que plantea el profesor Ángel Carrasco, de manera bien fundada y argumentada, con brillantez y solvencia, en sus *Estudios sobre prescripción civil y mercantil*. El carácter de una colección de ensayos jurídicos sobre la prescripción extintiva, además de serlo sobre el derecho en general, y el privado en particular, le confiere un gran interés para el jurista atento a las obras disruptivas con el estado de cosas establecido, también en la teoría y la práctica del derecho.