

InDret

Revista para el análisis del derecho

2.26

-

Abril de 2026

Sumario 2.26

Editoriales

- ***Vacunas Covid-19 y responsabilidad patrimonial por el daño de sacrificio.***
A propósito de la STS, 3ª, 61/2026, de 27 de enero
Sonia Ramos González
i-vii
- ***Derechos humanos con pies de barro***
Nuria Pastor Muñoz
viii-x
- ***La inteligencia artificial generativa en la investigación criminológica cuantitativa***
Steven Kemp
xi-xv
-

Derecho privado

- ***Mora, interés y anatocismo***
Alejandro Araque García
1-35
- ***La definición del mercado relevante en la economía de plataformas: a propósito del caso Facebook Marketplace***
Ana María Aido Vázquez
36-78
- ***Iniciativa económica pública y neutralidad de las formas organizativas***
Josep Oriol Llebot Majó
79-115
- ***Control jurisdiccional difuso de convencionalidad y violencia de género: separación por orden de alejamiento y legítima vidual de la víctima (art. 834 Código Civil)***
Luis Andrés Cucarella Galiana
116-148
- ***El arrendamiento de vivienda ajena: (in)validez contractual y tutela jurídica de propietarios y arrendatarios***
Víctor Bastante Granell
149-199
-

Derecho Penal

-

<i>La Nueva Ciencia Jurídica en el Estado Penal Dual: el análisis crítico del Derecho y la legitimidad del poder estatal</i>	200-226
Markus D. Dubber	
-	
<i>Sobre la ausencia de una teoría de la pena en la “pena” de la persona jurídica</i>	227-269
Rafael Alpaca Pérez	
-	
<i>Dolo y consciencia actual. Una recapitulación a más de un siglo de advertido el problema</i>	270-318
Mauro Roccasalvo	
-	

Criminología

-	
<i>La criminología entre las ciencias penales</i>	319-337
José Luis Díez Ripollés	
-	
<i>Prevenir la victimización secundaria de los menores mediante la prueba preconstituida: la visión de una muestra de operadores judiciales</i>	338-365
Beatriz Martínez Perpiñá	
-	
<i>Respuesta jurídica frente a la violencia por causa de honor: percepciones entre población joven</i>	366-398
Carolina Villacampa, Clàudia Torres y Marc Salat	
-	

Derecho público y regulatorio

-	
<i>El procedimiento administrativo de la Unión Europea: lecciones y carencias</i>	399-445
Oriol Mir Puigpelat	
-	
<i>El procedimiento testigo y la extensión de efectos de sentencias firmes en la jurisdicción civil: obstáculos para su eficacia</i>	446-496
Diana Marcos Francisco	
-	
<i>Civilizing Discovery: Procedural Sovereignty and the GDPR</i>	497-524
Sebastián Rivero Silva	
-	
<i>El abuso del servicio público de justicia y la obligatoriedad del recurso a los MASC</i>	525-562
Xulio Ferreiro Baamonde	
-	

Actualidad

-

Revista Crítica de Jurisprudencia Penal

Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallés

563-624

-

Recensiones

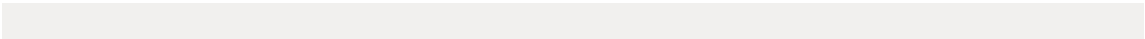
-

ExLibris

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

625-645

-



Vacunas Covid-19 y responsabilidad patrimonial por el daño de sacrificio

A propósito de la STS, 3ª, 61/2026, de 27 de enero

-

La STS, 3ª, 61/2026, de 27 de enero (MP: María Consuelo Uris Lloret) ha declarado que la Administración autonómica encargada de la vacunación contra el Covid-19 sólo responde por los daños derivados de la vacunación cuando aquellos traen causa de una actuación contraria a la *lex artis* y descarta en su argumentación que proceda aplicar la responsabilidad por acto lícito, basada en daños de sacrificio o daños cuasi expropiatorios¹.

1. STS, 3ª, 61/2026

En el caso, la actora acudió el 1.7.2021 a un centro de salud del Servicio Extremeño de Salud para vacunarse contra el Covid-19 y se le administró la vacuna Janssen (compuesta de adenovirus humano y fabricada por Janssen-Cilag International NV). A los dos meses, desarrolló una trombosis mesentérica combinada con trombocitopenia inducida por la vacuna, que resultó en secuelas. Se trata de un efecto adverso muy raro -con una incidencia inferior a 1/10.000 casos, según el prospecto- pero conocido y objeto de seguimiento por las autoridades sanitarias desde la comercialización de la vacuna. En el momento de los hechos, los datos disponibles confirmaban su bajísima frecuencia (en España, se habían registrado 2 casos de un total de 1 millón y medio de dosis administradas, según el 7º Informe de farmacovigilancia de la AEMPS de 27.7.2021). La vacuna Janssen contaba con una autorización condicional de comercialización, conforme a los Reglamentos (CE) 726/2004 y (CE) 507/2006², basada en una relación beneficio-riesgo positiva para el individuo y sujeta a controles reforzados de farmacovigilancia.

¹ Un comentario de la STS 61/2026 también puede verse en el *Almacén de Derecho* (RAMOS GONZÁLEZ, Vacunación recomendada y límites de la responsabilidad patrimonial por daños cuasi expropiatorios, 26 de abril de 2026).

² Reglamento (CE) 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos; Reglamento (CE) 507/2006 de la Comisión, de 29 de marzo de 2006, sobre la autorización condicional de comercialización de los medicamentos de uso humano que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Un estudio reciente publicado en *The New England Journal of Medicine*³⁾ ha identificado que la trombosis combinada con trombocitopenia se produce porque, en casos raros, una proteína del adenovirus puede provocar una reacción inmunitaria anómala en personas con ciertas variantes genéticas. Este descubrimiento podría ayudar a mejorar el diseño de futuras vacunas.

La actora no cuestionó ni la actuación asistencial ni la suficiencia del consentimiento informado, sino que apoyó su reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Servicio Extremeño de Salud en la doctrina de la STS, 3ª, 9.10.2012 (recurso 6878/2010, MP: Santiago Martínez-Vares García). En ella, el TS recurrió al principio de solidaridad para indemnizar a un hombre de 37 años, que desarrolló, tras recibir una vacuna antigripal, el síndrome de Guillain-Barré (informado en el prospecto con una incidencia de 1/10.000 casos) y resultó con una discapacidad del 85%: «el supuesto se manifiesta como una carga social que el reclamante no tiene el deber jurídico de soportar de manera individual, sino que ha de ser compartida por el conjunto de la sociedad, pues así lo impone la conciencia social y la justa distribución de los muchos beneficios y los aleatorios perjuicios que dimanen de la programación de las campañas de vacunación» (FD. 6º).

La SJCA, Cáceres, 21/2024, 4.3.2024 estimó parcialmente el recurso y fijó una indemnización a tanto alzado, de 40.000 euros, con base en la doctrina de la STS, 3ª, 9.10.2012. Esta decisión fue confirmada por la STSJ Extremadura, 293/2024, 3.5.2024.

La STS 61/2026 estimó el recurso de casación del Servicio, revocó la sentencia de instancia y desestimó el recurso de la actora. El TS niega la responsabilidad de la Administración demandada con dos argumentos principales:

Por un lado, el carácter voluntario de la vacunación, concretado en la autonomía del individuo y en el consentimiento informado, el cual no exige informar sobre riesgos extremadamente infrecuentes, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala 3ª en materia de tratamientos curativos, incluida la STS, 3ª, 9.10.2012. El Tribunal subraya que la vacunación, aunque recomendada por las Administraciones públicas como medida en beneficio de la salud individual y del interés general, en términos de control epidémico, se desarrolló en un marco de participación voluntaria, de acuerdo con el modelo preferente por el que opta la legislación sanitaria (art. 28 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; párrafo 6º de la Base IV de la Ley de Bases de Sanidad Nacional, de 25 de noviembre de 1944):

«[L]a opción de inocularse la vacuna de la COVID-19 constituía una decisión de estrictamente personal».

El TS valora, además, que los incentivos positivos (administración de las vacunas de manera gratuita a través de los servicios de salud públicos) y negativos (no los concreta) para favorecer la vacunación no alteraron su carácter voluntario:

«[D]ichos estímulos no adquirieron una intensidad suficiente para determinar una pérdida del carácter voluntario de la vacuna. No, al menos, con carácter general, sin que

³ WANG et al, «Adenoviral Inciting Antigen and Somatic Hypermutation in VITT», *NEJM*, 2026; 394:pp. 669-683.

se haya acreditado, en el supuesto de autos, que individualmente tales estímulos - principalmente los negativos- conllevaran una obligación de vacunación de tipo individual, ya sea por condiciones personales o profesionales» (FD. 5º, apt. IV).

Por otro lado, el TS considera que, en un contexto pandémico, caracterizado por un riesgo elevado para la vida y la salud, no es posible trasladar la doctrina de la STS, 3ª, 9.10.2012, porque la vacuna reportaba un beneficio individual que igualaba o superaba el beneficio colectivo, lo que impide calificar los efectos adversos de la vacunación como un sacrificio en interés de la colectividad:

«[T]rasladar el inherente riesgo que comporta este acto médico a la sociedad, por mor de una forma de pacto de solidaridad entre el individuo y la colectividad, resultaría desproporcionado e injustificado en atención a la excepcionalidad de la situación vivida y al acreditado beneficio que suponía la vacuna para los ciudadanos que voluntariamente decidían someterse a su inoculación» (...)

[E]l balance entre las ventajas y desventajas de la vacunación contra la Covid-19 (...) se decantaba de una manera clara hacia el haz de la salud individual de la persona, esto es, hacia su caracterización como herramienta de prevención individual (...) (FD. 5º, apt. V).

El TS concluye que si la vacuna hubiera podido considerarse obligatoria, el daño sí sería calificable como sacrificio indemnizable, en aplicación del principio de solidaridad y socialización de riesgos (FD. 5º, apt. VII)

2. La problemática del argumento relativo a la excepcionalidad de la pandemia

No hay inconveniente en reconocer, como hace la STS, que el mayor riesgo de contagio en una situación de pandemia refuerza la conveniencia de la vacuna desde un punto de vista médico y legitima la recomendación pública, dada la excepcionalidad del riesgo de trombosis inducida por la vacuna. Sin embargo, el argumento del TS presenta dos problemas:

En primer lugar, separa artificialmente los beneficios individuales y colectivos de la vacunación, cuando el segundo no es sino el resultado agregado del primero, y toda vacuna exige, para su autorización, una relación beneficio-riesgo favorable para el individuo, como establece el art. 10.1.b) Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, y el art. 4.a) Reglamento CE 507/2006, para los medicamentos sujetos a autorización condicional.

En segundo lugar, porque confunde el plano *ex ante* de la decisión de vacunarse (si era razonable vacunarse, en función de los beneficios y riesgos del tratamiento) con el plano *ex post* de la imputación del daño: que la vacunación fuera más beneficiosa a nivel individual para todos los ciudadanos no elimina el hecho de que, en casos excepcionales, algunos individuos sufran daños particularmente graves, como ocurrió en el caso.

El argumento determinante para valorar si procede la indemnización por sacrificio es el carácter voluntario o no de la vacunación.

3. La responsabilidad patrimonial por el daño de sacrificio

Entre los criterios de imputación que pueden fundamentar la responsabilidad patrimonial bajo la regla del art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (responsabilidad por culpa, responsabilidad objetiva o por riesgo, o por el daño de sacrificio) el relevante en el caso es el del daño de sacrificio. Este criterio justifica la responsabilidad por actos lícitos o por los daños que el Prof. Fernando PANTALÉON ha denominado cuasi expropiatorios, dado que la justificación de la indemnización es análoga a la de la expropiación forzosa. De acuerdo con este criterio de imputación, la Administración está legitimada para llevar a cabo una injerencia en los intereses de los particulares en protección de intereses generales y si, de dicha injerencia se derivan daños singularmente graves para algunos de ellos, surge la obligación de indemnizarlos. En este esquema, los particulares deben soportar la injerencia, pero no los daños singularmente graves que se produzcan (PANTALÉON PRIETO, «La responsabilidad de las Administraciones Públicas: ¿Una responsabilidad objetiva?», Conferencia en la Jornada *La responsabilitat patrimonial de les Administracions públiques*, Comissió Jurídica Assessora, 25.11.2022, 1-21, 5-6).

Si se traslada el supuesto típico de este criterio de imputación al ámbito de la vacunación, la injerencia o intromisión en los intereses de los particulares solo se produce en caso de vacunación obligatoria, vinculada a la privación del derecho a decidir autónomamente sobre la aceptación de un tratamiento médico que, aunque seguro, no está exento de riesgos de daños graves muy infrecuentes. En estos supuestos, quienes cumplen el mandato de la Administración y padecen los efectos adversos excepcionales de la vacunación sufren un sacrificio en beneficio de la colectividad que merece ser compensado con la misma lógica que la expropiación forzosa. No se indemniza la privación del derecho a decidir, sino el daño derivado de su ejercicio forzoso.

En cambio, cuando el ciudadano acepta la vacunación como consecuencia de una decisión personal e informada, cualquiera que sea el motivo -confianza en la indicación médica, recomendación de las autoridades sanitarias, presión del entorno o prevención de daños a terceros- desaparece la idea de sacrificio en beneficio ajeno. En estos casos, la Administración, al limitarse a recomendar y promover la vacunación, no es quien introduce el riesgo para la vida o la integridad física del ciudadano, y los efectos adversos de la vacuna no encajan en la categoría de daños cuasi expropiatorios, entendidos como aquellos que constituyen una «consecuencia inmediata o directa de actuaciones administrativas lícitas de las que los daños aparecen en una secuencia connatural, como realización de un potencial dañoso intrínseco a la actuación administrativa en cuestión»⁴.

Si no concurre un criterio de imputación de la responsabilidad patrimonial de la Administración -ya sea la culpa, la responsabilidad objetiva o por riesgo creado, o el daño de sacrificio-, los daños derivados de los riesgos inherentes al tratamiento médico tendrán que ser asumidos por el propio paciente.

⁴ PANTALÉON PRIETO, «Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994, pp. 239-253, p. 247

4. Vacunación recomendada y obligatoria

La cuestión más discutible es si la vacunación recomendada, en contexto pandémico o no, puede equipararse a una vacunación obligatoria. En la doctrina administrativa, el Prof. Luis MEDINA ALCOZ publicó el 9 de febrero en el *Almacén de Derecho* un comentario crítico con la STS 61/2026, bajo el título «La vida merece menos protección constitucional que la propiedad privada». Tanto el título como el contenido del comentario sugieren, en síntesis, que el Tribunal Supremo debería haber aplicado la responsabilidad patrimonial de la Administración pública por el daño de sacrificio, como hizo el JC-A y el TSJ Extremadura en el caso, para indemnizar a la actora. La razón de fondo de esta tesis es que no existirían diferencias relevantes entre vacunación obligatoria y recomendada, ya que en este último caso la Administración sanitaria, mediante la restricción legítima de la autonomía del paciente y otros mecanismos que orientan y facilitan la decisión individual de vacunarse, introduce una injerencia materialmente equivalente (como desarrolla el Prof. MEDINA ALCOZ en «Responsabilidad patrimonial por reacción adversa a la vacunación: régimen general con referencia especial al caso del COVID-19», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 6, 2022, 51-91). En esta misma línea, el Dr. Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ y el Prof. César CIERCO SEIRA recurren a argumentos como la instrumentalización del ciudadano o la utilidad colectiva derivada de la vacunación pública para fundamentar la responsabilidad de la Administración por los efectos secundarios inherentes a estas intervenciones⁵.

La conclusión de la sentencia sobre el carácter voluntario de la vacunación durante la pandemia es, a mi juicio, correcta:

El 8% de la población mayor de 12 años no recibió ninguna dosis de las vacunas contra el Covid-19 (porcentaje superior en el caso de dosis de recuerdo), según datos del Ministerio de Sanidad. Entre los no vacunados, el motivo principal, de acuerdo con una encuesta del Instituto Carlos III de Madrid de 2021, fue precisamente la preocupación por los efectos secundarios, especialmente en un contexto de desarrollo acelerado de las vacunas.

Asimismo, la exigencia del certificado COVID-19 de vacunación para desplazamientos o para el acceso a determinados establecimientos culturales, deportivos, comerciales o de hostelería, adoptada por algunas comunidades autónomas, no afectaba a actividades esenciales y podía sustituirse por pruebas diagnósticas negativas. Además, no tuvo carácter generalizado, ya que su autorización o ratificación judicial (art. 10.8 de la Ley 29/1998, de 1 de julio) estaba condicionada a que la Administración competente acreditara suficientemente su proporcionalidad en cada caso. En los supuestos en que la medida se consideró proporcionada, el certificado puede configurarse como una carga legítima para acceder a actividades no esenciales, justificada por el riesgo de contagio asociado a las mismas, pero sin llegar a limitar la libertad de elección del individuo, en la medida en que el acceso podría igualmente acreditarse mediante pruebas diagnósticas alternativas.

⁵ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, «La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 196, 2018, pp. 1-38, p. 34; y CIERCO SEIRA, *Vacunación, libertades individuales y Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 76-77.

Equiparar la vacunación recomendada con la obligatoria a efectos de responsabilidad patrimonial implica prescindir de la relevancia del consentimiento informado. En el ámbito de la vacunación, el consentimiento se rige, como cualquier otro tratamiento médico, por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente (Disposición Adicional Quinta). Es verbal (art. 8.2) y la jurisprudencia mayoritaria en materia de vacunación, incluida la STS, 3ª, 9.10.2012 (con excepciones puntuales en la jurisprudencia menor, como las SSTSJ Castilla y León, Valladolid, 2/2012, 2.1.2012 y 2592/2015, 13.11.2015) ha aplicado la doctrina sobre el alcance de la información debida en los tratamientos curativos.

Según esta doctrina, el deber de información no se extiende a los riesgos extraordinariamente infrecuentes inherentes al tratamiento, ya que «la información no puede ser ilimitada o excesiva, so pena de producir el efecto contrario, atemorizante o inhibitor» (FD 5.º, STS, Sala 3.ª, 9.10.2012). Esta construcción se apoya en un criterio de carácter médico-objetivo, conforme al cual el conocimiento de un riesgo extremadamente raro no debería influir de manera razonable en la decisión del paciente de someterse a un tratamiento beneficioso para su salud. Aunque esta posición puede ser discutida desde una perspectiva de *lege ferenda*⁶, constituye la interpretación mayoritaria de nuestros tribunales sobre el alcance del deber de información, cuya delimitación sigue siendo insuficiente en la Ley 41/2002.

En este sentido, la falta de información sobre riesgos raros o muy raros de la vacunación no supone, por parte de la Administración sanitaria, una restricción adicional de la autonomía de decisión del individuo distinta de la que ya es propia de otros tratamientos curativos.

De hecho, durante la pandemia, la negativa a la vacunación de personas con discapacidad por parte de sus guardadores se sometió a las reglas generales del consentimiento por representación, que permiten al juez autorizarla cuando dicha negativa no responde al mejor interés del paciente (art. 9.6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente). Estos supuestos han dado lugar a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el canon de constitucionalidad aplicable a la vacunación forzosa (entre otras, SSTC, Pleno, 38/2023, 20.4.2023 y 148/2023, 6.11.2023), cuestión que excede del objeto de este comentario. En todo caso, dicha doctrina parte de la aplicación de las reglas generales sobre consentimiento informado en el ámbito de la vacunación frente al Covid-19.

5. Conclusión

Con todo, desde una perspectiva de política legislativa, la contribución de los ciudadanos vacunados a la protección de la salud pública justifica, desde la perspectiva de la solidaridad con

⁶ Como ha sostenido la Prof. Marta ORDÁS ALONSO la Ley 41/2002 no prevé ninguna limitación por razón de la frecuencia del riesgo, de la gravedad del daño o del beneficio colectivo que se deriva del tratamiento médico y es más necesario en este ámbito informar sobre todos los efectos adversos, porque la vacuna se administra a una persona sana que puede optar entre vacunarse o no ("Vacunación y responsabilidad patrimonial de la Administración. De la vergonzante doctrina jurisprudencial al principio de socialización de riesgos", en ATAZ LÓPEZ et al., *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, Tomo III, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 815-860, p. 848. Antes de ensayar un fondo de compensación sin culpa, la Prof. Nuria María GARRIDO CUENCA propone una mejora de la transparencia y la calidad de la información ("Seguridad, riesgos y efectos secundarios en materia de vacunación. Jurisprudencia sobre responsabilidad administrativa y reflexión", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 189, 2018, pp. 129-172.

las víctimas, la implantación de sistemas específicos de compensación sin culpa para los daños vacunales, financiados total o parcialmente con fondos públicos, como he defendido en trabajos anteriores⁷. Este tipo de mecanismos, que ya existen en diversos países europeos como Francia, Alemania, Italia o el Reino Unido, permiten asistir a las víctimas sin forzar las categorías tradicionales de la responsabilidad patrimonial y favorecerían una mayor transparencia en la comunicación de los riesgos excepcionales de la vacunación, reforzando así la confianza en las campañas de vacunación.

El fallo de la STS 61/2026 es acertado en lo que respecta al carácter voluntario de la vacunación, pero no en la relevancia que atribuye a la excepcionalidad de la pandemia, al introducir un criterio diferenciador innecesario y conceptualmente débil. En este contexto, el Tribunal Supremo debería haber revisado expresamente la doctrina sentada en la STS de 9.10.2012, en la medida en que esta sentencia extiende la responsabilidad por actos lícitos y la lógica del daño de sacrificio a supuestos de vacunación recomendada, pero voluntaria. Si el ciudadano puede rechazar la vacunación sin estar sujeto a sanciones ni a restricciones intensas en el acceso a actividades fundamentales, y media un consentimiento informado conforme a los estándares del Derecho sanitario, los daños excepcionales derivados de riesgos inherentes de la vacunación no pueden calificarse como daños de sacrificio en beneficio de la colectividad ni imputarse a la Administración, con independencia de que se produzcan en un contexto pandémico o no pandémico.

En la medida en que la STS 61/2026 mantiene abierta la vía de la acción de responsabilidad patrimonial en el ámbito de la vacunación en situaciones no pandémicas, se debilita la necesidad de articular un sistema específico de compensación de daños al margen de la responsabilidad.

Sonia Ramos González

⁷ RAMOS GONZÁLEZ, Responsabilidad patrimonial y daños vacunales. Por un sistema público de compensación en Derecho español, Thomson-Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 65 y ss.; “Daños vacunales: responsabilidad patrimonial y fondos de compensación”, en De Barrón Arniches (Dra.), La salud y los derechos de la persona, Thomson-Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 207-242.

Derechos humanos con pies de barro

-

Cuando pensamos en el Derecho penal internacional lo primero que salta a la vista, quizá, son las dificultades vinculadas a un Derecho penal «sin soberano»⁶ con limitadas posibilidades de aplicación efectiva e igualitaria. Y cuando profundizamos un poco más, aparecen en seguida numerosas dudas que atañen a sus fundamentos teóricos – su relación y tensiones con los principios del Derecho internacional, las enormes dificultades para desarrollar una dogmática penal internacional huérfana de una tradición común y muchos otros–. Ahora bien, pese a todas sus limitaciones y al camino largo que le queda por recorrer para ser un Derecho penal internacional maduro, una cosa es cierta: el Derecho penal internacional ha contribuido desde sus inicios en el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (TMIN)⁷ al viejo debate sobre los límites del Derecho positivo. En realidad, el TMIN se vio prácticamente abocado a entrar en el debate entre el iuspositivismo legalista y el iusnaturalismo, porque el hecho de que las atrocidades del nacionalsocialismo gozaban de «cobertura legal» no permitía eludir tal debate. Y la necesidad de responder a la perversión del Estado (de la legislación, de la aplicación del Derecho) desencadenó un seísmo para el positivismo jurídico legalista: «El positivismo jurídico ha dejado a los juristas indefensos frente a leyes de contenido arbitrario y criminal»⁸; la definición de «crimen» se debía liberar de su reconocimiento jurídico-positivo por los Estados soberanos. Así, con los crímenes de guerra y crímenes contra la paz, concebidos por el TMIN como refuerzo del Derecho internacional (leyes y usos de guerra, prohibición de la guerra de agresión), y los crímenes de lesa humanidad (que entonces incluían el genocidio) resurgía la idea del «crimen natural», se producía un claro giro hacia un iusnaturalismo, aunque fuera de mínimos.

⁶ AMBOS, «Punishment without a Sovereign: The Ius Puniendi Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, (33-2), 2013, p. 293 ss.

⁷ Judgment of the International Military Tribunal (Nuremberg), 1 October 1946.

⁸ RADBRUCH, «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht», *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, en: DREIER/PAULSON (eds.), *Studienausgabe*, 7.ª ed., 2003, pp. 211 ss.

Ese cambio de paradigma encontró reflejo en el art. 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 (cuyo apdo. 2 se denomina «cláusula de Nuremberg») y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Así las cosas, podemos decir, el concepto de crimen internacional no es positivista: es un «*natural wrong*», un *malum in se* cuya valoración no depende de un acto de voluntad del soberano (sea *ad intra*, mediante la promulgación de disposiciones de Derecho penal doméstico, sea *ad extra*, mediante la celebración de tratados internacionales), porque el *malum in se* «es» malo sin necesitar que nadie lo defina⁹.

Ahora bien, en ocasiones este concepto de crimen natural no va acompañado de la renuncia al relativismo valorativo, de modo que, lamentablemente, todo pasa (vuelve a pasar) a depender del consenso y del juego de las mayorías. En el Derecho penal internacional (y en el Derecho internacional de los derechos humanos) ello ha ocurrido, me aventuro a decir, porque el reconocimiento de un Derecho natural de mínimos se ha producido, por así decirlo, como fruto de una reflexión «utilitarista» –el positivismo legalista llevaba a la consecuencia insoportable de la garantía de impunidad–, no por un cambio profundo en la visión del Derecho. Y eso se nota claramente en el discurso de los derechos humanos: hay, sí, unanimidad en la etiqueta, pero en el momento en que se entra a concretar cuáles son los derechos humanos –incluso, quiénes son humanos– y su alcance, se manifiesta que tras ese discurso no hay una visión unitaria del hombre. Y el problema es que, si se mantiene la premisa relativista, el reconocimiento de los crímenes internacionales y el entusiasta discurso de los derechos humanos inviolables –«la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana», Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos– tiene pies de barro, porque, si se me permite la expresión, es poner una vela a Dios y otra al diablo. De entrada, parece que ello no queda tan patente en la valoración de los casos extremos o nucleares (*core crimes*), en los que, *sit venia verbo*, (casi) todos los caminos llevan a Roma. Sin embargo, también en esos casos se puede vislumbrar el problema. En efecto, podríamos decir que todos estamos de acuerdo en que el exterminio de inocentes, la tortura de presos políticos o la venta de niños para la prostitución, por poner algunos ejemplos, son injustos graves. Ahora bien, para llegar a esta conclusión, unos parten de que la atrocidad es un mal en sí y la dificultad se encuentra en el plano epistemológico. En cambio, quienes quieren hacer compatible la cultura de los derechos humanos con un relativismo fuerte, llegan a aquella conclusión porque hay consenso (acuerdo) en calificar la atrocidad como mal. Y, como ocurre siempre en Derecho, el camino es tan esencial que, cuando llegamos a los casos problemáticos –conflictos entre diversos derechos humanos, fijación de los límites, ponderaciones– sale a la luz la tensión cuasi irresoluble inherente a estos planteamientos que intentan combinar derechos humanos y relativismo. Si se procede de este último modo, los derechos humanos se sustentan en un consenso frágil que nos deja desarmados (o, por lo menos, «mal armados») para lidiar con el argumento de la diversidad cultural. Solo la premisa de un núcleo de derechos vinculado a la dignidad del ser humano –y, con ello, dependiente de esta, no del legislador o del intérprete– ofrece un argumento fuerte, definitivo, para calificar como crímenes determinadas violaciones de derechos, siendo irrelevante (para afirmar el injusto) que tengan el respaldo de una determinada cultura (ej.: la mutilación genital femenina) y con independencia de que el legislador las haya criminalizado o no.

⁹ PASTOR MUÑOZ, «Why International Criminal Law Can And Should Be Conceived With Supra-Positive Law: The Non-Positivist Nature of International Criminal Legality», *Criminal Law and Philosophy*, (17), 2023, pp. 381-406.

Alguien podría decir que este problema está superado en la medida en que los derechos humanos han sido positivizados en tratados internacionales, en muchos ordenamientos jurídicos y se consideran hoy normas de *ius cogens* del Derecho internacional, por lo que el debate sobre su origen –en la naturaleza (*veritas*) o en un acto de autoridad soberana (*auctoritas*)– ha perdido su sentido. Sin embargo, hay varias razones por las cuales la base de los derechos humanos (en el Derecho natural o en el Derecho positivo) sigue siendo esencial: la primera, que solo la vigencia de los derechos humanos construida al margen de la *auctoritas* del soberano evita que estos queden al vaivén de del legislador. Es más, en segundo lugar, el punto de partida de la existencia de derechos intrínsecos a la persona es el que permite cuestionar determinadas decisiones del legislador soberano que, en su caso, podrían, pese a su *auctoritas*, carecer de *veritas*, por infringir el deber de protección del Estado o por llevar a cabo incorrectamente las ponderaciones entre derechos en caso de conflicto. De hecho, así procedió el Tribunal de Nuremberg al fundamentar la punibilidad de los crímenes nacionalsocialistas en contra de las disposiciones del Derecho positivo alemán. Además, en tercer lugar, la naturaleza de los derechos humanos –reconocidos vs. contruados– incide en gran medida en el espacio de maniobra del que dispone el intérprete. Así, una concepción positivista de los derechos humanos deja espacio al intérprete para definir (= construir) su contenido, pues aquel *solo* está vinculado por dichas disposiciones positivas, como si se tratara de disposiciones relativas a delitos *mala quia prohibita*. En cambio, una concepción iusnaturalista de los derechos humanos impone al intérprete un *corsé* en la interpretación de las disposiciones positivas que reconocen tales derechos y castigan su violación: también el intérprete –y no solo el legislador– tiene encomendada una labor de «reconocimiento» del contenido de los derechos humanos, no estando autorizado a llevar a cabo una «construcción» de su contenido con base, por ejemplo, en meros consensos políticos.

Así las cosas, es evidente que la discusión sobre lo disponible y lo indisponible para el Derecho penal –cuándo el legislador solo «reconoce» el injusto (*mala in se*) y cuándo lo construye (*mala quia prohibita*)– no es una discusión marginal que solo afecta al Derecho penal internacional y ocupa a la Filosofía del Derecho, sino un problema nuclear de nuestro Derecho penal «ordinario» que adquiere especial importancia en el contexto de nuestras sociedades culturalmente diversas. El umbral de divergencia cultural tolerable lo marca la afectación de derechos fundamentales: «es factible la admisión de la adecuación social cultural en ciertos delitos de la periferia de los *mala in se* y en los *mala quia prohibita* (...). En cambio, no cabe aceptarla en absoluto cuando la conducta realiza un tipo perteneciente al núcleo de los delitos *mala in se*»¹⁰. Y si queremos que tales derechos no tengan pies de barro, deben estar anclados en la dignidad intrínseca de la persona¹¹. Así, las diferentes culturas podrán generar visiones parcialmente divergentes de la persona, allí donde no afecten a un núcleo indisponible existente al margen de los juicios subjetivos. Que ello nos enfrenta a una ardua tarea epistemológica es, desde luego, innegable. A partir de ahí, es cierto que tanto quienes parten de derechos naturales de la persona como quienes adoptan un punto de partida relativista han de recurrir a la discusión, al diálogo, pero este será mucho más fructífero si quienes debaten buscan la verdad.

Nuria Pastor Muñoz

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal. Parte General*, 2025, 10/112.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 4/12: «Como el propio texto constitucional advierte [art. 10.1 CE], la dignidad humana tiene un fundamento trascendente al que le pueda proporcionar cualquier orden positivo. De lo contrario, ella, a su vez, no podría ser el «fundamento del orden político y de la paz social» sin caer en circularidad. Por lo tanto, la dignidad no es el resultado de un consenso político, ni de una construcción social, ni tampoco la expresión de un valor cultural. Más allá de todo esto, constituye una cualidad ontológica –metafísica– del ser humano».

La inteligencia artificial generativa en la investigación criminológica cuantitativa

-

Uno de los grandes temas en la actualidad es, sin duda, el impacto del auge de la inteligencia artificial: tantas conversaciones cotidianas y profesionales giran sobre su gran capacidad para crear contenido audiovisual, las implicaciones para las actividades educativas o la posibilidad futura de un jefe supremo robot. Una cuestión relacionada que ha recibido poca atención en la criminología española (y el derecho español) es el uso de la inteligencia artificial generativa¹² en la investigación empírica cuantitativa. En el ámbito norteamericano, criminólogos, economistas y politólogos promueven un debate práctico, actualizado, iterativo y, por lo general, realista sobre los casos de uso de los nuevos modelos fundacionales.¹³ A modo de ejemplo, véase, los blogs, Substacks y páginas web de Andrew Wheeler, Giovanni Circo, Tyler Cowen y Alex Tabarrok, Scott Cunningham, Alexander Kustov o Andy Hall.¹⁴ Con el fin de fomentar la conversación sobre el potencial y las limitaciones de las herramientas generativas para la investigación criminológica en España, contextualizaré la investigación cuantitativa con IA en nuestro ámbito y reflexionaré sobre algunas experiencias propias de utilizar modelos de lenguaje de gran tamaño (LLM) para la investigación.¹⁵

¹² La inteligencia artificial generativa se refiere a modelos de lenguaje de gran tamaño, como ChatGPT, Gemini, Claude, etc., que generan texto, imágenes y otros materiales (Narayanan & Kapoor, 2024). En el contexto de la investigación cuantitativa, se genera principalmente código para llevar a cabo análisis estadístico en lenguajes de programación como *R* o *Python*. Inteligencia artificial es un concepto genérico, ya que tiene cientos de miles de aplicaciones de diversa índole. La otra gran categoría de aplicaciones sería para predecir, por ejemplo, el clima en los próximos días, la duración de un viaje en Google Maps, el contenido que más se ajusta a nuestro perfil en redes sociales o la probabilidad de revictimización.

¹³ Modelos fundacionales son modelos de IA entrenados con cantidades masivas de conjuntos de datos que se pueden utilizar como base para aplicaciones más específicas. Los LLM son ejemplos de modelos fundacionales.

¹⁴ El blog de Andrew Wheeler está disponible en <https://andrewpwheeler.com/>. Giovanni Circo se puede leer en <https://gmcirco.github.io/blog/>. El blog de Marginal Revolution es <https://marginalrevolution.com/>. Scott Cunningham tiene un *substack* y un podcast: <https://www.scunning.com/>. Alexander Kustov escribe en <https://alexanderkustov.org/newsletter/>. Los contenidos de Andy Hall se encuentran en su *substack*: <https://substack.com/@andybhall>

¹⁵ Ninguna parte del presente texto ha sido generado o retocado con IA generativa, cosa que explica el estilo no nativo que no es lo más pulido. Pero para este formato prefiero mi 'voz' con sus idiosincrasias.

No existe mucha literatura sobre este tema porque los LLM son nuevos y el sistema de publicación académica no se caracteriza por su velocidad. Además, dada la rápida evolución de las capacidades de los LLM, es probable que los estudios metodológicos sobre ellos realizados en 2024 y publicados un año después (o más) se hayan quedado obsoletos durante el proceso de revisión y edición. Aun así, podemos encontrar algunos estudios europeos que sientan las bases para reflexionar sobre la intersección entre la investigación criminológica y la inteligencia artificial generativa. Gian Maria Campedelli publicó una revisión sistemática de estudios sobre inteligencia artificial e investigación sobre el crimen (Campedelli, 2021) y, en 2022, *Machine Learning for Criminology and Crime Research: At the Crossroads* (Campedelli, 2022), pero estas obras son anteriores al lanzamiento público de los modelos de lenguaje de gran tamaño como ChatGPT, Claude o Gemini. Sobre los LLM en concreto, Drápal y colegas han testado su aplicación al análisis temático (Drápal et al., 2023), pero de momento no han publicado sobre la investigación cuantitativa. A nivel español, Castro-Toledo et al. (2023) analizaron algunas cuestiones epistemológicas relacionadas con herramientas predictivas en el sistema penal, destacando la importancia de enfoques basados en la teoría para los algoritmos predictivos. El único estudio español que conozco que ha puesto el foco en los casos de uso de los nuevos modelos generativos es el de Sampayo Sande y Martínez Almanza, que hace una interesante clasificación automatizada de discursos parlamentarios para analizar las tendencias en la polarización del debate penal (2025). El método es innovador, pero, como bien señalan las autoras, no incluyó una validación formal que permitiría evaluarlo en comparación con humanos o los modelos de 2026.

Dos de los motivos por los que existe poca conversación sobre el uso de LLM en la criminología española son la calidad de los datos públicos y el nivel de la formación en métodos de investigación en general y en métodos cuantitativos específicamente. En primer lugar, respecto a la calidad de los datos, muchos de los ejemplos de uso en las fuentes norteamericanas señaladas en el primer párrafo utilizan la IA agéntica¹⁶ para obtener y analizar datos públicos. Pero, ¿qué datos criminológicos oficiales se podrían utilizar en España? Como señalamos en un artículo reciente, ninguna institución española sabe ni de manera aproximada cuántas personas han sido condenadas por violación en España (Kemp et al., 2025). Si es así para un delito de tanta trascendencia social, poco nos podemos fiar de las cifras de los demás delitos. Otros autores también han destacado problemas de fiabilidad respecto a los datos sobre la actividad policial (López-Riba, 2021) o las dificultades para investigar con datos sobre el sistema penitenciario (Martí et al., 2021). No tiene mucho sentido automatizar la recopilación de datos agregados de poca calidad.

En segundo lugar, en términos de métodos cuantitativos, el nivel de formación de los egresados en Criminología es bastante bajo.¹⁷ En mi universidad, ofrecemos más asignaturas metodológicas que muchas otras universidades, pero, debido a la amplitud de la criminología y los conocimientos previos del estudiantado, en lo cuantitativo tenemos solo una asignatura obligatoria en *Excel* y una optativa de programación básica en *R*. Aun así, me sorprendería si se

¹⁶ Aunque no exista una definición consensuada, a grandes rasgos, la IA agéntica se refiere a los flujos de trabajo con IA y los agentes de IA. Los flujos de trabajo con IA son sistemas que utilizan LLM para ejecutar acciones predeterminadas para conseguir un objetivo. Los agentes de IA hacen lo mismo pero con mayor autonomía y razonamiento sobre los procesos y herramientas que se utilizan.

¹⁷ Me imagino que el problema se extiende a diversos otros grados.

enseñan *R* o *Python* en más de tres de los otros cuarenta grados en Criminología en territorio español. Los estudios de másteres tampoco pueden ofrecer mucho más, ya que muchos estudiantes entran con formación escasa en métodos de investigación y, por tanto, se limitan a repasar lo que se ha hecho en los grados.

Dicho esto, los dos motivos que acabo de señalar se relacionan precisamente con dos áreas donde ciertas herramientas de IA generativa podrían ayudar (aunque con matices importantes que destacaré al final). Por un lado, si los investigadores en criminología suelen tener poca formación en lenguajes de programación para análisis estadístico, la IA generativa puede reducir las barreras de acceso. Hoy en día, los LLM acompañan a los programadores más experimentados de cualquier disciplina. Programar, en el sentido de dar instrucciones a aplicaciones informáticas, es difícil y lento, y los agentes de codificación pueden generar código mucho más rápido y con menor cantidad de los errores típicos que hacemos los humanos. Asimismo, los LLM pueden ayudar con la definición de la estrategia de análisis y las pruebas de robustez.¹⁸ La criminología española tiene una tarea pendiente en lo que respecta a las pruebas de robustez y en la actualidad no hay excusa. Por otro lado, respecto al problema de los datos en España, uno de los casos de uso más claros de los modelos fundacionales es la capacidad para automatizar la extracción de datos de documentos no estructurados a gran escala y con mayor precisión que los humanos (Wheeler, 2026). El sistema penal español, como cualquier otro, documenta una diversidad de procesos y captura los resultados mediante, por ejemplo, atestados policiales, expedientes penitenciarios o resoluciones judiciales. Se puede, en principio, entrenar agentes de IA para extraer datos de cualquier forma de documentación y crear grandes conjuntos de datos para la investigación criminológica cuantitativa.

Resumidas las posibilidades para aplicar la inteligencia artificial generativa para ayudar con el análisis estadístico o con la creación de conjuntos de datos, es preciso introducir algunos matices, que lamentablemente son un poco circulares dado que tienen relación con los conocimientos y capacidades de los humanos. En el caso de apoyo para el diseño de estrategias de análisis o la programación, el problema reside en que es imprescindible tener cierto nivel de conocimientos sobre la investigación cuantitativa para elegir la estrategia de análisis óptima para responder a la pregunta de investigación en cuestión y para valorar los resultados. Si el LLM recomienda utilizar una regresión logística penalizada de Firth en lugar de un análisis de clases latentes o una regresión de Poisson, hay que saber valorar las diferentes opciones en función de la pregunta de investigación y los datos. Además, tampoco podemos dar por hecho que, aunque el código para el análisis sea perfecto, los resultados serán fiables. A modo de ejemplo, revisando recientemente los resultados de un análisis hecho con código generado parcialmente por un LLM, pude observar que el resultado de una variable era inverso a lo esperado. La mano de obra humana con conocimiento del contexto teórico era necesaria para identificar que en la limpieza de los datos las categorías de esta variable se habían invertido, dando lugar a un resultado incorrecto.

La labor humana también constituye la base de cualquier intento de automatizar la creación de conjuntos de datos con máxima precisión porque el proceso de entrenamiento es complejo, como hemos experimentado en el proyecto Desafíos empíricos de la Ley Orgánica de Garantía Integral

¹⁸ Pruebas de robustez evalúan las asunciones adoptadas en una estrategia de análisis. Por ejemplo, se podría estimar un tipo de modelo distinto, incluir otra variable de control o configurar la variable dependiente con dos categorías en lugar de cuatro para ver si los resultados cambian.

de Libertad Sexual (LISEMPIRIC)¹⁹ cuando hemos automatizado la extracción de datos de resoluciones judiciales a gran escala. Subir múltiples sentencias a un LLM y pedir ciertos datos necesita un largo proceso de entrenamiento para realizar la tarea de manera precisa: ¿el LLM tiene que sumar todas las condenas en casos con más de una pena o de un agresor? ¿Puede diferenciar atenuante A de atenuante B incluso cuando los magistrados hacen referencia a estas atenuantes con palabras que no son las mismas que el código penal? Si se quiere saber cuándo se denunciaron los hechos, ¿al LLM se le han dado instrucciones para no confundir el acto de denunciar formalmente con la presencia de la policía en el lugar de los hechos? ¿Sabe que las cabeceras de las resoluciones judiciales disponibles en algunas de las bases de datos más importantes están plagadas de errores de indexación que conllevan resultados erróneos en la extracción? Y así durante meses, concordando con el resumen de Andrew Wheeler (2026, p. 10):

“This is a common story with many LLM tools. To make them work effectively for any particular application is not trivial”

En definitiva, la incorporación de herramientas de inteligencia artificial generativa para una investigación cuantitativa más robusta en la criminología española puede ser positiva siempre que vaya acompañada con un nivel de formación suficiente para evaluar los *outputs*. Asimismo, los modelos de lenguaje de gran tamaño permitirán crear conjuntos de datos muy poco comunes en nuestra comunidad, pero necesitarán un entrenamiento meticuloso por parte de personas especializadas en métodos de investigación social y en el contexto concreto del objeto de estudio en cuestión, es decir, una supervisión humana experimentada y detenida que sabe hacer los *prompts* idóneos e interpretar las respuestas. Si no hay esta supervisión humana adecuada, se aumenta la probabilidad de llegar a conclusiones poco fiables sobre temas de gran sensibilidad. No cabe duda de que el uso de LLM por parte de investigadores va a aumentar; por tanto, la criminología española debe reflexionar sobre cómo maximizar la calidad científica de los resultados.

Steven Kemp

¹⁹ Financiado por la Agencia Estatal de Investigación. Ref: PID2023-152017NB-I00.

Bibliografía

Campedelli, Gian Maria. (2021). Where are we? Using Scopus to map the literature at the intersection between artificial intelligence and research on crime. *Journal of Computational Social Science*, 4(2), 503-530. <https://doi.org/10.1007/s42001-020-00082-9>

Campedelli, Gian Maria. (2022). *Machine Learning for Criminology and Crime Research: At the Crossroads*. Routledge, Taylor & Francis Group.

Castro-Toledo, Francisco J.; Miró-Llinares, Fernando y Aguerri, Jesús C. (2023). Data-Driven Criminal Justice in the age of algorithms: Epistemic challenges and practical implications. *Criminal Law Forum*, 34(3), 295-316. <https://doi.org/10.1007/s10609-023-09454-y>

Drápal, Jakub; Westermann, Hannes y Savelka, Jaromir. (2023). Using Large Language Models to Support Thematic Analysis in Empirical Legal Studies. En *Legal Knowledge and Information Systems* (Vol. 379, p. 197-206). IOS Press. <https://doi.org/10.3233/FAIA230965>

Kemp, Steven; Varona, Daniel y López-Riba, José Maria (2025). El misterioso caso de las cifras oficiales sobre condenas por delitos sexuales graves. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 23(1), e1019-e1019. <https://doi.org/10.46381/reic.v23i1.1019>

López-Riba, José Maria (2021). El análisis cuantitativo de las identificaciones y las detenciones policiales en España: Datos disponibles, limitaciones e implicaciones: *Revista Española de Investigación Criminológica*, 19(2), Article 2. <https://doi.org/10.46381/reic.v19i2.499>

Martí, Marta; Güerri, Cristina y Pedrosa, Albert (2021). Fuentes de datos para la investigación criminológica en el ámbito penitenciario en España. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 19(2), 1-31. <https://doi.org/10.46381/reic.v19i2.515>

Narayanan, Arvind y Kapoor, Sayash. (2024). *AI Snake Oil: What Artificial Intelligence Can Do, What It Can't, and How to Tell the Difference*.

Sampayo Sande, Sara y Martínez Almanza, Rocío. (2025). Polarización en el debate legislativo penal: Un análisis automatizado para el caso de la ley “solo sí es sí” en España. *Revista General de Derecho Penal*, (44), 13.

Wheeler, Andrew P. (2026). *Large Language Models for Mortals book: A Practical Guide for Analysts with Python*. Crime De-Coder. <https://andrewpwheeler.com/2026/02/11/large-language-models-for-mortals-book/>

Alejandro Araque García
Universidad de Málaga

Sumario

-
La expansión del préstamo de dinero unida al importante papel que juega el principio de la autonomía de la voluntad de las partes plantean numerosos interrogantes para los operadores jurídicos y económicos. Este trabajo pretende abordar uno de ellos: la relación entre la mora, el interés y el anatocismo. El contexto en el que nos situamos es el de las obligaciones pecuniarias y los artículos 1108 y 1109 CC. Se examinarán los precedentes legislativos para constatar cómo existe una cierta continuidad en el reconocimiento del devengo de interés, aunque con algunas limitaciones que todavía perduran y que se consideran convenientes por su finalidad tuitiva. Distinguiré entre las funciones que cumple el interés para centrarme en la indemnizatoria o moratoria, analizando el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica del interés del interés. Asimismo, se abordará la regulación mercantil del préstamo, que tanto ha influido en la comprensión de los preceptos civiles del interés. El trabajo concluye apuntando a la necesidad de distinguir el significado económico y jurídico del anatocismo, por las dificultades que surgen a raíz de confundirlos.

Abstract

-
The expansion of money lending, together with the important role played by the principle of the autonomy of the parties' will, raises numerous questions for legal and economic operators. This paper aims to address one of them: the relationship between default, interest and anatocism. The context in which we find ourselves is that of pecuniary obligations and Articles 1108 and 1109 of the Civil Code. Legislative precedents will be examined to ascertain how there is a certain continuity in the recognition of interest accrual, albeit with some limitations that still remain and are considered appropriate due to their protective purpose. I will distinguish between the functions of interest in order to focus on compensation or moratorium, analysing the factual assumption and the legal consequence of interest on interest. I will also address the commercial regulation of loans, which has greatly influenced the understanding of civil law provisions on interest. The paper concludes by pointing to the need to distinguish between the economic and legal meanings of anatocism, given the difficulties that arise from confusing them.

Title: Default, interest and anatocism

-
Palabras clave: intereses moratorios, mora, anatocismo, indemnización de daños y perjuicios, autonomía de la voluntad.

Keywords: interest rate, default, anatocism, damages, autonomy of will.

-
DOI: 10.31009/InDret.2026.i2.01

2.2026

Recepción
01/12/2025

-

Aceptación
13/01/2026

-

1. Introducción

2. Aclaraciones conceptuales: ¿qué se entiende por anatocismo?

3. El interés y sus funciones. Un caso particular

3.1. El interés como fruto

3.2. El caso del artículo 1108 CC

4. El interés del interés en nuestro Código Civil

4.1. Antecedentes histórico-legales

a. La prohibición de la usura

b. Precedentes del Código Civil

4.2. Supuesto de hecho del artículo 1109 CC: el interés remuneratorio vencido

4.3. Consecuencia jurídica del artículo 1109 CC: el interés moratorio

a. Forma de cálculo

b. Autonomía de la voluntad y anatocismo

c. Límite al pacto de anatocismo

4.4. La mercantilización del Derecho civil y el anatocismo en el Código de Comercio

5. Conclusiones

6. Bibliografía

-

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

1. Introducción *

El artículo 1109 se suele asociar con el anatocismo, la mora, el incumplimiento o los daños y perjuicios contractuales, es decir, conceptos jurídicos que también pueden contemplarse desde el ámbito económico-financiero. Uno de ellos resulta nuclear en este trabajo: el interés como consecuencia del dinero. Obviando su relevancia desde la perspectiva económica, me centraré en el terreno jurídico para analizar si nuestra legislación civil permite o no calcular un interés sobre otra cantidad (*an usurae*) y cuánto es el interés que puede exigirse (*quantum usurae*). En este sentido, la autonomía de la voluntad juega un papel principal en la configuración de las obligaciones pecuniarias, aunque la ley ha establecido una importante protección para el deudor.

La problemática del interés parte de la dificultad de concretar un significado único y directo, pues en él desembocan tanto perspectivas económicas como jurídicas. Históricamente, el concepto de interés ha abarcado desde la condena al deudor por lo que importaba al acreedor (*id quod interest*)¹, hasta la retribución por el uso de un capital ajeno (*fenus* o *usurae*)². En este trabajo utilizaré ambas acepciones, aunque el punto de partida será la segunda: una prestación accesoria de naturaleza pecuniaria³, también llamada deuda de intereses o prestación de intereses⁴. Desde este sentido del interés podremos llegar al primero para analizar la compensación por la demora en una obligación pecuniaria principal, primero, y en una accesoria, después.

Un segundo elemento que complica el análisis del interés deriva de la histórica desconfianza y recelo que ha suscitado el fruto del dinero en muchas civilizaciones y religiones. Según señala GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, la historia del interés del dinero presenta tres períodos: «el de prohibición

* Alejandro Araque García (aaraque@uma.es). Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Generación de Conocimiento del MICINU, PID2023-148193NB-I00, denominado «Remedios contractuales en fase preliminar: nulidad, anulabilidad y responsabilidad extracontractual».

¹ Procedente del término romano *interesse*, su interpretación sufrió un brusco cambio a partir de la propuesta decimonónica de MOMMSEN, *Zur Lehre vom Interesse*, Braunschweig, 1855, sec. §§1 y 2. Este autor alemán, en efecto, sostuvo que el concepto de interés derivaba de «estar entre» (*inter-esse*), lo que le permitió desarrollar la llamada Teoría de la Diferencia (*Differenztheorie*) para cuantificar la indemnización de daños y perjuicios: los daños y perjuicios serían la cantidad que media («está entre») la situación patrimonial que tendría el acreedor con un cumplimiento conforme y la que tiene tras el incumplimiento. En contra, sin embargo, parte de la doctrina alemana ha criticado esta construcción y consideran que el *interesse* debe entenderse como «lo que es importante» para el interlocutor (ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, p. 826; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, *Derecho privado Romano*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, § 44.22, 26 y ss.). En este sentido también, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española coincide en señalar que la etimología latina de «interés» es «importar».

² KASER/KNÜTEL/LOHSSE, *Derecho privado Romano*, § 35.IV. Según explica D'ORS, *Derecho privado romano*, 8ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, 1991, §138, mientras que los griegos consideraban los intereses «como “partos” (*tokoi*) devengados por el dinero, [...] los romanos como “precio del uso” cedido (*usurae*)». Respecto a *fenus*, su significado era el de préstamo con interés, aludiendo su raíz «*fe-*» a la fecundidad. Por su parte, MÚRTULA LAFUENTE, *La prestación de intereses*, McGraw Hill, 1999, p. 1, explica cómo el término usura –procedente de «*usurae*», derivado de «*usus*»– inicialmente carecía de cualquier significado peyorativo como el que tiene a día de hoy.

³ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v. 2, Thomson Civitas, 2008, pp. 319 ss.; DORAL/MARINA MARTÍNEZ-PARDO, «Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses», *Anuario de Derecho civil*, 1980, 33, p. 526.

⁴ MÚRTULA LAFUENTE, *La prestación de intereses*, 1999; SANCHEZ REBULLIDA, «§14. Prestación de intereses», en *Derecho de Obligaciones. Parte General: delito y cuasidelito*, v. 2, 2ª ed., Librería Bosch, 1985, p. 153.

absoluta, el de prohibición restringida y el de libertad completa»⁵. Solo recientemente se ha admitido en los ordenamientos el devengo de un interés a partir del dinero dado en préstamo (el llamado «interés remuneratorio») y, como consecuencia adicional, el devengo de otro interés con función moratoria o indemnizatoria. En nuestro país la ruptura fue progresiva a lo largo del siglo XIX. De hecho, el Código Civil representa un nuevo paso que a día de hoy se encuentra consolidado, si bien contiene huellas de la pretérita limitación o prohibición que deben entenderse en su contexto y que, como veremos, todavía tienen un sentido protector para con el deudor.

Finalmente, otra dificultad adicional en esta materia es la interpretación legal ya que, en palabras de MARTÍNEZ SANCHIZ, parece haber trastocado la regulación⁶. Particularmente destaca la gran influencia de la doctrina mercantil que ha ampliado a los preceptos Código Civil la lectura de la regulación del préstamo en el Código de Comercio (arts. 314 y ss. CCom). Por ello, parece conveniente distinguir ambos regímenes para señalar puntos comunes pero, sobre todo, revelar sus diferencias.

2. Aclaraciones conceptuales: ¿qué se entiende por anatocismo?

El concepto de anatocismo contiene una alta dosis de ambigüedad que debe aclararse como antecedente necesario al análisis jurídico de los siguientes apartados. Como señala MURILLO VILLAR, el término de anatocismo no es sino un cultismo que ha llegado hasta nuestros días, pese a ser ajeno a nuestros antecedentes jurídicos históricos y a nuestra legislación⁷. Aquí encontramos el primer problema que se arrastrará a la regulación, pues, ¿qué significa el concepto de «anatocismo»?

Etimológicamente, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (en adelante, DRAE) señala que este concepto procede del griego *-ana-*, *tókos-*, *-ismos*⁸ y lo define como «interés compuesto». En la misma línea, el Diccionario panhispánico del español jurídico (en adelante, DPEJ) lo define como «interés de los intereses o interés compuesto».

⁵ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español. Tratado de las obligaciones*, t. 5, Librería de Sánchez, 1871, pp. 196 ss., sigue explicando que «la prohibición absoluta no tiene defensa [...]. En el fondo de esta doctrina latía no obstante un pensamiento caritativo, digno del mayor respeto. Existen fundados motivos para desear que sea gratuito todo préstamo [...]. El dinero no es estéril, pero repugna que el usurero no halle mejor medio de emplear su capital que sacándole crecidas ganancias a expensas de una familia desgraciada [...]. Constituye otra faz de la materia la prohibición restringida. En la dificultad de rechazar por completo el interés, los legisladores han preferido por lo común señalar un límite. Esta solución ha sido combatida, achacándole el inconveniente de todos los términos medios. [...] Llegamos al último período: economistas eminentes [...] han sacado triunfante el principio de la libertad». Ahora bien, GUTIÉRREZ reconoce abrigar «recelo de que la libertad no sea verdaderamente una solución», hasta considerar que causa rubor «el pensar que por insuficiencia de las leyes, por falta de fuerza en el poder social, se haya considerado como el mejor, como el único medio de limitar los estragos de la usura, otorgar carta de naturalización a la raza de los usureros, y prestar la autoridad del contrato al compromiso nacido de un delito».

⁶ MARTÍNEZ SANCHIZ, «El “favor debitoris” y el beneficio de competencia», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 56, 2016, p. 869.

⁷ MURILLO VILLAR, «Anatocismo: historia de una prohibición», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 69, 1999, pp. 497 ss. De hecho, este autor señala que en las fuentes jurídicas romanas el término habitual es el de *usurarius*, esto es, intereses de los intereses.

⁸ Esta etimología significa «de nuevo» (*ana-*), «engendrar», «interés» o, literalmente, «parto» (*tókos*).

Quizá sin pretenderlo, las definiciones recogidas no lo definen de manera directa y unívoca, sino que, en realidad, contienen dos aspectos o vertientes de la misma institución: una en el sentido de hecho o fenómeno y otra como forma concreta de cálculo. En sentido fáctico, el anatocismo refiere el mero hecho de que un interés genere a su vez un nuevo interés; esto es, habría un «interés del interés», independientemente de su función y modo de cálculo. En cambio, si se entiende como forma de cálculo, el anatocismo designa la incorporación de dichos intereses al capital inicial para que produzcan nuevos intereses. Se trata de la forma compuesta de cálculo de intereses, en términos contables o de finanzas⁹.

Conviene ahora detenernos en las distintas formas de cálculo del interés, pues también puede seguirse una vía simple. Veamos un ejemplo.

Comenzando por el devengo simple, el cálculo del interés exige tomar una cantidad de referencia o base –también denominada capital inicial– a la que se calcularán los réditos, sin agregarlos. En realidad, por tanto, habría dos cantidades de referencia: una inicial, que se mantiene inalterada, y el interés, calculado a partir de la primera. El supuesto típico de interés simple sería un capital prestado (C_0) que devenga intereses (i). Matemáticamente se expresaría así, asumiendo un devengo anual de intereses:

$$\begin{aligned} i &= C_0 \cdot r \cdot t \\ C_t &= C_0 + i \end{aligned}$$

Donde: « i » es el interés generado, que se obtiene multiplicando « C_0 » –cantidad de referencia o inicial– por « r » –la tasa de interés anual en forma decimal– y por « t » –el tiempo en años–. Sumando dicha cantidad al capital inicial, se calcula « C_t », esto es, la cantidad total acumulada al final del período.

Numéricamente, tomando $C_0 = 1.000$ €, $r = 10\%$, el interés simple anual sería 100 €. En consecuencia, al final del primer año, el capital total (C_1) sería 1.100 €, y, como el interés se mantiene fijo, al final del segundo año (C_2) sería 1.200 €; y, así, sucesivamente.

La alternativa al cálculo simple es el compuesto y refiere la acumulación del interés devengado a la cantidad de referencia para producir una suma posterior mayor. Se dice, pues, que los intereses se capitalizan, es decir, se agregan a la base y sobre esa suma se calcularán nuevos intereses. Por tanto, en esta fórmula, la cantidad de referencia es única y dinámica porque el cálculo es geométrico (el capital inicial va creciendo exponencialmente a partir de una tasa porcentual). Su fórmula quedaría expresada así:

$$C_t = C_0 \cdot \left(1 + \frac{r}{n}\right)^{n \cdot t}$$

Donde « C_t » es la cantidad total acumulada al final del período que se calcula a partir de la multiplicación de « C_0 » –cantidad de referencia o inicial– por la suma de 1 más la fracción de « r » –tasa de interés anual en forma decimal– entre « n » –número de períodos de capitalización del interés (1 anual, 12 mensual, 365 diaria); y todo ello debe elevarse a la multiplicación resultante de « n » por « t » –tiempo en años–.

⁹ Así también SANCHEZ REBULLIDA, en *Derecho de Obligaciones. Parte General: delito y cuasidelito*, v. 2, 2ª ed., p. 162: «económicamente se trata del interés compuesto».

Numéricamente, siguiendo el ejemplo anterior, el interés del primer año (i_1) es 100 € y se debe agregar al capital, cuya cifra a final de año (C_1) sería 1.100 €. El segundo año, el interés debe calcularse sobre dicha cantidad aumentada, por lo que i_2 (intereses del segundo año) serían 110 €, y el C_2 (capital acumulado tras el segundo año) 1.210 €. Por tanto, la diferencia entre métodos de cálculo es ya observable en este momento.

A raíz de la explicación anterior puede decirse que existe una distinción terminológica crucial dentro del significado de anatocismo: la primera vertiente –como hecho– es descriptiva y neutral respecto al método de cálculo, de manera que admite las dos formas analizadas, mientras que la segunda –forma de cálculo compleja– implica una operación contable precisa. El problema entonces está en cuál será la cantidad de referencia de ambas alternativas de cálculo, pues, aunque ordinariamente se toma el capital como base, también puede serlo el interés devengado por esa cantidad. Siguiendo el ejemplo anterior, hemos tomado como cantidad de referencia (C_0) 1.000€, pero ahora supongamos que es el interés indicado: 100 € anuales. Por la vía simple, el interés del interés sería 10 € devengados anualmente, mientras que por la compuesta consistiría en 10 € el primer año, que se sumarían a los 100 € y darían lugar a un interés de 11 € el segundo y así sucesivamente, con un crecimiento exponencial del capital debido. Ambos casos son ejemplos de anatocismo como hecho, en el que resulta indiferente la vía para calcularlo, pero solo el último supuesto es anatocismo en el sentido de concreta forma de cálculo (la compuesta).

En estrecha relación con lo anterior, aunque desde otra perspectiva, encontramos la equivocidad del concepto de capitalización, que suele utilizarse –como he hecho– para describir el anatocismo en sentido de cálculo compuesto, pero no como hecho o fenómeno. Sin embargo, en realidad, ambas vertientes del anatocismo capitalizan el interés¹⁰. «Capitalizar», según define el DRAE en su segunda acepción, supone «convertir algo en capital». El anatocismo como fenómeno implica capitalización cuando fija como cantidad de referencia el interés, admitiendo cualquier forma de cálculo (simple o compuesta; fija o variable), tal y como he demostrado en el párrafo anterior; pero también el anatocismo como interés compuesto supone capitalización, al agregar el interés al capital y la cantidad de referencia para calcular un nuevo interés pasa a ser el capital más los intereses. Sin embargo, no se da una bilateralidad de significado. La capitalización como hecho no implica la capitalización como agregación al capital. En cambio, viceversa, sí, pues la segunda acepción, implica la primera. En términos de anatocismo sucede igual: aunque toda forma compuesta de cálculo del interés implica la admisión del hecho mismo del interés del interés, al revés no, porque puede darse una fórmula simple del devengo de un interés a partir de un interés que, por tanto, no lo convierte en capital.

La diferencia de conceptos y de significados es importante de cara a la interpretación legal y contractual porque cuestiones como la regla general de devengo de intereses o la imputación de

¹⁰ Ya lo puso de manifiesto MONTÉS PENADÉS, «Observaciones sobre la capitalización de intereses en los préstamos mercantiles», en POLO DÍEZ, *Estudios de derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, t. 2, La Ley, 1994, p. 1886, cuando se preguntaba «anatocismo» y «capitalización» de intereses ¿es lo mismo? Generalmente se presentan como sinónimos, cuando no como total y absolutamente equivalentes. Pero que un interés produzca, a su vez, interés —esto es, se comporte como capital— pueden ser varias cosas: una adición al capital originario, que a su vez puede ser por una sola vez o sucesivamente a medida que vayan reuniendo los períodos (no «devengándose») acotados; o bien la creación de otras cuentan de capital». Para demostrar la equivocidad de los términos, este autor recoge cuatro casos de «capitalización de interés» según se entienda la capitalización como adición al principal originario o como nueva cuenta de capital (pp. 1887 ss.).

pagos –por no mencionar las consecuencias fiscales–, permitirán a las partes de un contrato evitar litigios futuros. Si el legislador opta por limitar el anatocismo o el devengo de intereses de intereses, ¿se refiere al aspecto fenomenológico del interés o a su cuantificación por la vía compleja? Históricamente se ha limitado el primero y, como consecuencia, el segundo, ante el recelo que se tenía respecto a la productividad dinero. El hecho de que el interés cumpla distintas funciones ahonda en la complejidad del asunto: no es lo mismo limitar o vedar el devengo consecuencia de una cantidad que se toma en préstamo, que hacerlo respecto a la indemnización o sanción si se incumple dicha obligación. A mi juicio, debe aclararse a qué acepción del anatocismo se está aludiendo, pues mientras que el hecho es meramente descriptivo, el método de cálculo se ciñe a la forma compuesta. Subsidiariamente contamos con la regulación positiva, pero no escapa a esta problemática de la equivocidad de significado del interés. Por ello, debemos seguir analizando algunos conceptos hasta llegar a los artículos 1108 y, especialmente, 1109 CC.

3. El interés y sus funciones. Un caso particular

3.1. El interés como fruto

La doctrina suele encuadrar el interés en la categoría jurídica de fruto civil de acuerdo con los artículos 354 y 355 CC¹¹, por lo que debe distinguirse de otros conceptos similares pero distintos como las cuotas de amortización, rentas, dividendos o cuotas de participación en beneficios¹². En este apartado me centraré en dos clasificaciones del interés: convencional-legal y remuneratorio-moratorio.

Desde la perspectiva de su origen, los intereses pueden ser legales o convencionales. La función que cumplan nada importa aquí, pues esta clasificación simplemente alude a que la previsión del interés en un caso concreto es la que el legislador ha decidido fijar o la que han previsto las partes, respectivamente. Como ejemplo de interés legal puede mencionarse el artículo 7.2 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Este precepto fija, en defecto de pacto, el interés de demora en «la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales». En paralelo, el interés convencional es generalmente admitido gracias al principio de la autonomía de la voluntad de las partes del artículo 1255 CC. Una manifestación expresa en este sentido la encontramos en el contrato de préstamo, de naturaleza gratuita, pero que admite el devengo intereses si se pactan expresamente (art. 1755 CC).

¹¹ LASARTE ÁLVAREZ, «La deuda de intereses», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 35, 1994, p. 123. Suelen citarse, en este sentido, pasajes como D. 22,1,34, que afirma que los intereses tienen la consideración de frutos y con razón no deben separarse de los frutos («*usurae vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari*»). Ahora bien, D'ORS, *Derecho privado romano*, pp. 183 ss., advierte que Pomponio en D. 50,16,121 negaba que el interés (usura) que se percibe del dinero entrara en la categoría de los frutos, «porque no proviene del mismo capital, sino de otra causa, esto es, de nueva obligación» (GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho civil romano*, t. 3, Jaime Molinas, 1889, p. 926). Señala así D'ORS que «aunque a veces [...] se llama fruto a cualquier ventaja que se puede obtener de una cosa, no son propiamente frutos los aprovechamientos residuales de una cosa consumida, por ejemplo, el precio de una cosa vendida o la carne del ganado sacrificado (D.7,4,30). Por eso mismo, tampoco son propiamente frutos los intereses del capital prestado (D. 50,16,121) [...], a pesar de que el usufructuario de un crédito puede cobrar para sí los intereses que el crédito devengue, en cuyo caso no se trata de intereses del dinero, sino del crédito».

¹² Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v. 2, p. 320.

Los supuestos hasta ahora vistos evidencian algunas de las funciones del interés que la doctrina ha ido desarrollando a partir de los sucesivos textos legislativos¹³. El ejemplo del interés legal representa la llamada función moratoria, es decir, la cuantificación del daño que el legislador ha considerado conveniente indemnizar para un retraso en el cumplimiento de la obligación comercial regulada en esa ley especial¹⁴. El caso del interés convencional, en cambio, obedece a una lógica remuneratoria, pues se permite a las partes convenir que la devolución del capital se vea aumentada mediante una cantidad adicional (los intereses). Evidentemente, en una misma deuda pueden coincidir distintas funciones del interés, pero no deben confundirse, pues cada una obedece a una lógica y regulación distintas¹⁵.

3.2. El caso del artículo 1108 CC

El artículo 1108 CC concita tres de las cuatro categorías que hemos analizado en el subapartado previo, pues prevé un interés legal, en defecto de convenio entre las partes, con una función moratoria. Considero conveniente analizarlo, pues permitirá una mejor comprensión del posterior examen del artículo 1109 CC, hacia el que nos encaminamos.

El artículo 1108 se encuentra en el Capítulo II del Título I del Libro cuarto del Código Civil, titulado «de la naturaleza y efecto de las obligaciones». El precepto forma parte de los artículos correspondientes a la acción contractual de daños y perjuicios, que fundamentalmente abarca desde el artículo 1101 hasta el 1109 CC¹⁶. La dicción del artículo es la siguiente: «Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal». Sin perjuicio de las muchas

¹³ La doctrina ha ensayado así distintas funciones que cumple el interés («usuras»). Cabe mencionar, por ejemplo, las usuras lucrativas –beneficio por el servicio de préstamo–, compensatorias –indemnización por la ganancia de que se priva al prestamista o de la pérdida que puede sufrir por el préstamo– y punitivas –en castigo por la morosidad en la restitución de lo prestado–; las manifiestas o formales, tácitas o paliadas –según si se fijaban en el contrato principal o se ocultaban, estipulándose en otro distinto– y mentales –que consistía en la esperanza que tenía el prestamista sobre que el prestatario le devolviera mayor cantidad que le prestó– (MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, v. 8, Imprenta de la Revista de legislación, 1901 p. 614; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, v. 4, Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeveyra», 1899, pp. 841 ss.). Otros autores distinguen entre los intereses moratorios, correspectivos y compensatorios (por todos, vid. SANCHO REBULLIDA, en *Derecho de Obligaciones. Parte General: delito y cuasidelito*, v. 2, 2ª ed., p. 155).

¹⁴ El objeto de la ley se sitúa, según su artículo 1, en «combatir la morosidad en el pago de deudas dinerarias y el abuso, en perjuicio del acreedor, en la fijación de los plazos de pago en las operaciones comerciales que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios realizadas entre empresas o entre empresas y la Administración».

¹⁵ Así también, MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo á la edición oficial*, v. 19, Talleres de la Legislación española, 1902, p. 584, advirtió que en «esta doble exacción de intereses por una sola deuda, el concepto de los unos es muy distinto del de los otros, porque [...] una cosa es lo que se convino en el contrato como fruto natural del dinero, y otra lo que en el mismo contrato o en las disposiciones de la ley se señala a título de indemnización de los perjuicios».

¹⁶ Tal vez partiendo de la Teoría General de Obligaciones que hallamos en el Código Civil, el legislador decimonónico prescindió de una categorización de los preceptos en este ámbito, dificultando su interpretación y dando lugar a ríos de tinta por parte de la doctrina. A ello se suma la influencia de ordenamientos extranjeros de corte continental, especialmente aquellos que han modificado su legislación civil en los últimos años –Francia o Alemania, por ejemplo–; aunque no solo, porque el ordenamiento italiano ha tenido su eco en nuestra doctrina más reciente, pero también el influjo anglosajón es notable, especialmente a través de los textos de *soft law*, que han sido asumidos paulatinamente por la jurisprudencia, a pesar de no contar con refrendo legal.

cuestiones que se han discutido sobre su fundamento y consecuencias, me limitaré a analizar lo relacionado con el interés moratorio que establece.

El precedente legal más inmediato del artículo 1108 CC es el artículo 1017 del Proyecto de Código Civil de 1851 (en adelante, Proyecto 1851). Este precepto decía así: «Cuando la obligación se limitase al pago de una cantidad determinada y se hubieren pactado intereses, el deudor que se constituya en mora, deberá abonar por vía de indemnización de perjuicios, el interés pactado, además de la tercera parte del interés legal. No habiéndose pactado intereses, deberá abonar el todo del interés legal». Indudablemente el objeto del precepto es similar al del 1108 CC, si bien la regulación es bien diversa por no prever posibilidad alguna de pacto respecto a ese interés moratorio. La indemnización de daños y perjuicios se fija en un tercio del interés legal junto con el interés remuneratorio que se hubiera pactado por las partes y, si no se hubiesen fijado dichos intereses, en todo el interés legal. GARCÍA GOYENA justificaba la decisión de cuantificarlos de esta forma en «la dificultad de calcular y probar los daños por la mora o retardo en el pago» ya que «alguna indemnización ha de darse al acreedor» por el perjuicio que sufre el acreedor o que se le presume¹⁷.

El legislador de finales del siglo XIX sigue en el 1108 CC el precedente del Proyecto 1851, insistiendo en la idea de fijar como condición *sine qua non* para el cobro de la indemnización de daños y perjuicios en cualquier obligación «que consistiere en el pago de una cantidad de dinero» la constitución en mora del deudor. A la vez, y a diferencia del precedente de 1851, introduce el juego de la autonomía de la voluntad tanto a la hora de fijar el *quantum* de esa indemnización de daños, como su propia existencia. Al afirmar que «la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos», abre la puerta a que las partes puedan pactar, por un lado, que la indemnización de los daños producidos en el cumplimiento de una obligación pecuniaria admita la prueba del daño mayor o, por otro, que se excluya la indemnización.

La cuestión del párrafo anterior enlaza con un aspecto especialmente controvertido en la interpretación del artículo 1108 CC. Mucho se ha discutido si este precepto fija una cifra *a forfait* –tasada e indiscutible– o, en cambio, admite la prueba del daño mayor. La primera perspectiva facilita la situación al acreedor, pues se le releva de toda prueba, aunque a costa de perjudicar al deudor –que siempre va a tener que responder–. La segunda perspectiva, asumiendo las ventajas de la anterior, favorece aún más al acreedor porque no solo le reconoce un mínimo de indemnización, sino que le permite exigir, siempre que lo demuestre, todo daño adicional que el retraso en el cumplimiento le ha ocasionado. Las discusiones doctrinales del siglo pasado en ambos sentidos contrastan con la práctica unanimidad actual respecto a la consideración de que el 1108 CC regula un sistema de cuantificación mínimo que admite la indemnización de todo daño adicional que se pruebe oportunamente¹⁸. Sin embargo, algunos autores han matizado este planteamiento, reconociendo la posibilidad de indemnizar el mayor daño solo en los casos de

¹⁷ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. 4, Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852, p. 52.

¹⁸ Por todos, DORAL/MARINA MARTÍNEZ-PARDO, «Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses», *ADC*, 33, 1980, p. 543 (para otros autores, *vid.* MEDINA ALCOZ, «Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference», *InDret*, 2011, p. 25, NP 77). Por su parte, la situación de la jurisprudencia se demuestra vacilante, pese a haber acogido la posición que deniega la indemnización del daño mayor (*vid.* JIMÉNEZ MUÑOZ, «La resarcibilidad del *mayor daño* sufrido por el acreedor pecuniario a causa de la mora del deudor», *Anuario de Derecho civil*, 63, 2010, pp. 797-799).

dolo¹⁹; pero también otros defienden la exclusión de cualquier cantidad adicional a la prevista en el 1108 CC, señalando que este precepto recoge una presunción *iuris et de iure* del daño *a forfait* y solo de ese daño²⁰.

A mi juicio, considero que el legislador quiso cifrar los daños de las obligaciones pecuniarias en el interés legal por la especial dificultad para probar su existencia y su cuantía, como ya apuntó GARCÍA GOYENA. Según señalan DORAL y MARINA MARTÍNEZ-PARDO, estos «intereses moratorios se deben *aunque* el acreedor no pruebe haber sufrido ningún *daño*, lo que no ocurre con la indemnización por “daños y perjuicios”»²¹. La redacción del 1108 CC es, indudablemente, heredera del Proyecto 1851, si bien introduce como novedades en el texto codificado la admisión de la libertad de pacto con relación a la indemnización de daños y a la cuantificación del interés. En este sentido, dado que el 1108 eleva la libertad de pacto a criterio básico en la materia, considero que las partes pueden pactar ahora tanto que no haya indemnización de daños en las obligaciones pecuniarias, como que no se limite al *quantum* que recoge el 1108 CC. En este último caso, entroncando con las reglas generales de la responsabilidad contractual, se considerarán indemnizables otros daños causados (lucro cesante, especialmente). Por tanto, el daño mayor sería indemnizable solo si se previó en el contrato. De lo contrario, –y no habiéndose tampoco excluido la indemnización por pacto–, se deberá en todo caso el interés legal.

Sin perjuicio de lo anterior, considero que debe destacarse también la premisa implícita de la que parece partir el legislador decimonónico al redactar el artículo 1108 CC: el dinero es, por naturaleza, un bien «fructífero», de modo que cualquier retraso en el cumplimiento de una obligación pecuniaria genera un daño indemnizable. Ahora bien, esto no ha impedido al legislador incorporar ciertas limitaciones –la exigencia de la constitución en mora y la previsión de un *quantum* mínimo– destinadas a evitar resultados desproporcionados por un uso oportunista del precepto²².

4. El interés del interés en nuestro Código Civil

4.1. Antecedentes histórico-legales

a. La prohibición de la usura

Como adelanté en la introducción, puede hablarse de un fenómeno histórico de recelo hacia el producto del dinero, es decir, el interés, en su significado de remuneración del capital ajeno. Ya ARISTÓTELES lo consideraba como aborrecible porque «la ganancia procede del mismo dinero, y

¹⁹ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, «Comentario artículo 1108 CC», en PAZ ARES/DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN/SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1991, p. 64; y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «Comentario artículo 1108 CC» en CAÑIZARES LASO (coord.), *Comentarios al Código civil*, t. 3, Tirant lo Blanch, 2023, p. 5090.

²⁰ RUIZ-RICO RUIZ, «Comentario artículos 1108 y 1109 CC», en ALBALADEJO GARCÍA/DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. 2, Editoriales de Derecho Reunidas, 1989, pp. 834 ss.; «Cien años (y algo más) de jurisprudencia sobre intereses moratorios», en *Centenario del Código Civil*, v. 2, Editorial Universitaria Ramón Areces, 1990, pp. 1915 ss.

²¹ DORAL/MARINA MARTÍNEZ-PARDO, «Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses», *ADC*, 33, 1980, p. 545. En idéntico sentido, VEIGA COPO, «Comentario artículos 1108 y 1109 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código civil*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 8132.

²² Una obligación de otra naturaleza o cuyo incumplimiento consista en una mera demora exige que recurramos a los preceptos generales de responsabilidad contractual.

no de aquello para lo que se inventó. [...] Lo engendrado es de la misma naturaleza que sus generadores, y el interés es dinero de dinero, de modo que de todos los negocios, éste es el más antinatural»²³. Este parece constituir el origen probable de la máxima tan extendida en los siglos posteriores sobre la esterilidad del dinero que, como consecuencia, hacía injusto exigir interés por una suma prestada²⁴. En cualquier caso, como señalan HERRERA BRAVO y SALAZAR REVUELTA respecto de la usura, la problemática del interés obedece a «diferentes perspectivas disciplinares, tanto éticas como teológicas, económicas y jurídicas»²⁵.

El recelo hacia el interés remuneratorio explica asimismo el de los intereses moratorios. Destaca así la regulación introducida por Justiniano, que, por la incertidumbre y poca claridad de las antiguas leyes, decide establecer que «de ningún modo le sea lícito a nadie acumular al capital los intereses del tiempo pasado o del futuro, y estipular luego intereses de los mismos, sino que, aun cuando esto se hubiere hecho, los intereses permanezcan ciertamente siendo siempre intereses, y no experimenten ningún aumento de otros intereses, sino que el incremento de los intereses corresponda únicamente al antiguo capital» (C. 4,32,28)²⁶. Por tanto, Justiniano instituye una prohibición absoluta de una práctica que, sin embargo, subsistió a pesar de ello, por su naturaleza de instrumento económico que favorecía la actividad negocial²⁷. De hecho, hasta nuestros días podría decirse que la dinámica legislativa concerniente al interés parece haber seguido este esquema: por un lado, como punto de partida, recelo hacia el interés remuneratorio y, como consecuencia, hacia el interés moratorio; pero, por otro lado, búsqueda de subterfugios prácticos para evitar la gran limitación –cuando no prohibición– legal²⁸. La casuística creció y creció, estrechando el límite entre lo ilícito y lo permitido, hasta el punto que la prohibición de la usura desde la Edad Media ha llegado a calificarse como la historia de una gradual erosión²⁹.

²³ ARISTÓTELES, *Política*, Editorial Gredos S.A., 1988, p. 74.

²⁴ CLAVERO, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Giuffrè Editore, 1991, pp. 70 ss.; GÓMEZ ROJO, *Historia jurídica del anatocismo*, Málaga, 2003, p. 10.

²⁵ HERRERA BRAVO/SALAZAR REVUELTA, «La doctrina de la usura en la tradición romano-canónica europea», en MURILLO VILLAR, *Estudios de Derecho romano en memoria de Benito M.^a Reimundo Yanes*, v. 1, Universidad de Burgos, p. 451. Para un análisis sobre la doctrina canónica de la usura, *vid.* RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Marcial Pons, 1998, pp. 36 ss. Respecto a la implantación de la condena de la usura en nuestro país, CLAVERO, *Usura. Del uso económico de la religión en la historia*, Tecnos, 1984, pp. 39 ss.

²⁶ Para un análisis de las fuentes romanas previas a Justiniano, *vid.* MURILLO VILLAR, «Anatocismo: historia de una prohibición», *AHDE*, 69, 1999, pp. 502 ss.; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, *Derecho privado Romano*, pp. 166 ss. Según MARTÍNEZ SANCHIZ, «El “favor debitoris” y el beneficio de competencia», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 56, 2016, p. 869, esta ley de Justiniano distingue nítidamente dos formas «de anatocismo, la que pretende cobrar intereses de intereses, sin adjuntarlos al capital, y la que los adjunta al mismo, surgida para camuflar el hecho de percibir intereses de intereses. A su vez, en el caso de capitalizarse los intereses advierte dos subespecies: la que reúne sólo los intereses pasados y la que, además, comprende sucesivamente los futuros».

²⁷ MURILLO VILLAR, «Anatocismo: historia de una prohibición», *AHDE*, 69, 1999, pp. 511 ss.

²⁸ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español. Tratado de las obligaciones*, t. 5, p. 188. HERRERA BRAVO/SALAZAR REVUELTA, «La doctrina de la usura en la tradición romano-canónica europea», en *Estudios de Derecho romano en memoria de Benito M.^a Reimundo Yanes*, v. 1, pp. 474 ss., mencionan como métodos de evitar o evadir la limitación del interés las figuras del *contractus mohatrae*, el censo, el *pignus* muerto, el *contractus trinus* o el cambio.

²⁹ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, pp. 171 ss.

b. *Precedentes del Código Civil*

Nuestro país no ha sido ajeno a la tensión entre la concepción fructífera o estéril del dinero. La balanza parece haberse inclinado durante muchos años hacia la segunda solución tanto desde la perspectiva remuneratoria como desde la moratoria. En particular, por ejemplo, cabe destacar la prohibición de la usura en la Novísima Recopilación (1805), que establecía consecuencias civiles y penales para perseguirla³⁰. Sin embargo, paralelamente no faltan evidencias sobre las alternativas seguidas en el tráfico jurídico-económico para burlar esta interdicción³¹.

Tres eventos del siglo XIX permitieron introducir un cambio paulatino en la concepción negativa presente en los antecedentes histórico-legislativos del interés y sus diversas funciones. Se trata del Proyecto de Código Civil de 1851, la Ley de 14 de marzo de 1856 y el Código de Comercio de 1885.

En el Proyecto de Código Civil de 1851 el contrato de préstamo se regulaba en los artículos 1644 a 1657. El artículo 1649 admitía el pacto del «pago de un interés en el simple préstamo», aunque condicionaba su validez a que constara por escrito. Seguidamente, además, el artículo 1650 imponía una tasa concreta y no podía convenirse una cantidad superior al doble del interés legal, aunque se permitía a los tribunales reducir el exceso a instancia del deudor.

Paralelamente, el Proyecto también preveía el devengo de intereses moratorios ya que, como reconocía GARCÍA GOYENA, una vez admitidos los intereses o usuras del capital principal, «parece consiguiente admitir también el *anatocismo*, aunque con alguna restricción, para impedir abusos y poner algún freno a la codicia»³². La regulación de los intereses moratorios se encontraba, por un lado, en la sección «del resarcimiento de daños o perjuicios y abono de intereses» – concretamente el artículo 1017, que ya analicé como precedente del actual 1108 CC– y, por otro, en la sección del préstamo, que venimos comentando, cuyo artículo 1652 disponía que «no puede pactarse intereses sobre intereses; sin embargo, los intereses vencidos, después de un año, pueden capitalizarse y es permitido estipular de nuevo interés sobre este aumento de capital».

Resumidamente, puede decirse que el Proyecto de 1851 proponía un esquema que rompía en cierta medida con la visión negativa –aunque matizada por la práctica– respecto del interés como fruto del dinero. En este sentido, pretendió admitir expresa –aunque limitadamente– el interés remuneratorio, en la línea del resto de países de nuestro entorno³³. Respecto al moratorio, también parece dar el Proyecto otro gran salto en pro de su liberalización porque, pese a negar

³⁰ Algunas consecuencias civiles se encuentran en el Libro X, Título I, Leyes XX y ss.; Libro IX, Título II, Ley VI; mientras que las penales se hallan en el Libro XII, Título XXII. Para la regulación previa, *vid.* GÓMEZ ROJO, *Historia jurídica del anatocismo*, pp. 35 ss.

³¹ CLAVERO, *Usura. Del uso económico de la religión en la historia*, pp. 41 ss.; MURILLO VILLAR, «Anatocismo: historia de una prohibición», *AHDE*, 69, 1999, pp. 512 ss.

³² GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t.4, pp. 79 ss.

³³ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t.4, pp. 77 ss., pone de manifiesto la contradicción entre la legislación contraria o desfavorable hacia el interés y la práctica de pretender eludirla. Señala así que «el interés del dinero está a la orden del día [...] a pesar de las leyes prohibitivas» y consideraba que lo que constituía práctica común «merece una pronta y ejemplar reprensión». Concretamente, creía «preciso por lo tanto desterrar de nuestra legislación lo que tiene en este punto de vago, absurdo y contradictorio: es preciso fijar el interés para los casos en que proceda de derecho o simplemente por sentencia; y ver si convendrá también señalar un máximo para el convencional, o dejar a la ilustrada equidad de los jueces que lo moderen y reduzcan al común y corriente en la plaza, cuando aparezca que se ha abusado de la necesidad o simplicidad del deudor».

el devengo automático de intereses de intereses, admite y prevé seguidamente el pacto para capitalizar de los intereses remuneratorios, que pasarían a cumplir una segunda función: la moratoria³⁴.

Apenas cinco años después del Proyecto –que, finalmente, no se aprobó como Código Civil–, se promulga la Ley de 14 de marzo de 1856, cuya brevedad textual no se compagina con su relevancia material³⁵. La situación de la legislación en vigor hasta entonces era, por tanto, la señalada al inicio, rechazándose la validez de cualquier tipo de interés, tanto en el sentido remuneratorio (usura), como moratorio. En 1856, sin embargo, el legislador decide admitir la legalidad del interés, aunque –como no podía de ser de otro modo– limitadamente. Por lo pronto, frente al criterio restrictivo del duplo del interés que proponía el artículo 1650 Proyecto de 1851, el artículo 1 de esta nueva ley declaró «abolida toda tasa sobre el interés de capital en numerario dado en préstamo»³⁶. El artículo 2 reforzaba esta cuestión en la medida en que señalaba expresamente la posibilidad de pactar convencionalmente un interés en el simple préstamo, aunque sancionaba con la nulidad el hecho de que no constara por escrito.

Merece destacar algún artículo más de esta ley a efectos de comprender la interpretación que la doctrina propondrá para el artículo 1109 CC. Así, el quinto fijaba el año civil como la unidad de tiempo para el cálculo del interés del capital y el séptimo disponía que «durante el término del contrato, los intereses vencidos y no pagados no pueden devengar intereses. Transcurrido el plazo, los liquidados y no satisfechos podrán capitalizarse y estipular de nuevo réditos sobre el aumento del capital, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 2.º». Finalmente, el artículo 9 declaraba «derogadas todas las disposiciones anteriores contrarias a la presente ley».

Puede decirse que la continuidad de esta ley con el Proyecto de 1851 resulta evidente. Para GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, «cansado de ensayos el legislador se resolvió a mudar de camino, buscando en la libertad el remedio que no había podido hallar en la prohibición»³⁷. En consecuencia, como señala FELIÚ REY, su entrada en vigor supuso «la desaparición de nuestro Ordenamiento de toda norma sobre la tasa de interés del dinero»³⁸; o, en sentido positivo, en palabras de GÓMEZ POMAR y CANUDAS PERARNAU, solo con esta ley «se autorizó la libertad de contratación en materia de interés sobre cualquier cantidad prestada o anticipada», frente a la «anterior actitud restrictiva» respecto al crédito y la posibilidad de conceder intereses³⁹. La ley reconoció directamente la

³⁴ Autores como MURILLO VILLAR, «Anatocismo: historia de una prohibición», *AHDE*, 69, 1999, pp.513 ss., sostienen que el pacto al que alude el artículo 1652 Proyecto 1851 debía realizarse *a posteriori*, pero parece, más bien, que esta circunstancia debía entenderse en relación con el despliegue de efectos y no al pacto en sí. En consecuencia, cabía incluir en el contrato de préstamo de dinero que, después del incumplimiento, se produjera la capitalización de intereses remuneratorios para desempeñar una función moratoria.

³⁵ De hecho, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, v. 4, p. 859, consideraba a finales del siglo XIX, cuando el Código Civil ya se había aprobado y estaba en vigor, que esta Ley era «una más de las muchas que explícita o implícitamente se han conservado en esta ilusoria codificación, [...] con más autoridad que el Código, por ser de aplicación general a todo el territorio español, que será la razón de necesidad que ha habido para conservarla».

³⁶ FELIÚ REY, *La prohibición del pacto comisorio y la opción de garantía*, Civitas, 1995, p. 51.

³⁷ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español. Tratado de las obligaciones*, t. 5, p. 191.

³⁸ FELIÚ REY, *La prohibición del pacto comisorio y la opción de garantía*, pp. 52 ss.

³⁹ GÓMEZ POMAR/CANUDAS PERARNAU, «Las consecuencias jurídicas de la naturaleza singular de los contratos de crédito», *InDret*, 4, 2025, p. 62.

legitimidad del interés remuneratorio convencional, aunque sometido a unas condiciones de forma, tiempo y cálculo. También admitió el interés moratorio, pero muy matizadamente, ya que se partía de la exclusión del devengo de nuevos intereses a partir de los ya vencidos, si bien –con una redacción un tanto lacónica–, parecía remitirse a un pacto escrito posterior para la forma concreta del resarcimiento del perjuicio causado por la privación de los intereses remuneratorios: el anatocismo⁴⁰.

Unas décadas después, se aprueba el Código de Comercio (1885), en una clara continuidad de la Ley de 1856. La diferencia consiste en que regula en la sección del préstamo mercantil tanto las cuestiones ordinarias de ese contrato en particular, como las del incumplimiento (arts. 311 a 319 CCom)⁴¹. En primer lugar, se recogen las características del préstamo mercantil (arts. 311 y ss. CCom) y las disposiciones del interés remuneratorio: el artículo 314 rechaza que los préstamos devenguen interés si no se hubiere pactado por escrito y el 315 establece que el pacto del interés carecerá de tasa o limitación. A continuación, los artículos 316 a 318 CCom establecen una serie de reglas claramente relacionadas con los intereses moratorios y que habrían de servir de precedente y actuar de paralelo de los artículos 1108 a 1110 CC. Así, el artículo 316 CCom dispone que la deuda vencida devengará el interés pactado o, subsidiariamente, el legal, admitiendo por tanto, a diferencia del 1108 CC, la regla de la mora automática del 63 CCom⁴². El artículo 317, por su parte, precedente del 1109, establece que los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses, aunque los contratantes podrán «capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital devengarán nuevos réditos»: se abre así la puerta a un pacto de capitalización de intereses vencidos que puede resultar muy gravoso para el deudor. Por su parte, el 318, en claro paralelo con el 1110 CC, cierra la triada estableciendo que «el pago del capital por el acreedor, sin reservarse expresamente el derecho a los intereses pactados o debidos, extinguirá la obligación del deudor respecto a los mismos». Finalmente, el artículo 319 CCom establece un límite para el devengo de este interés moratorio: «interpuesta una demanda, no podrá hacerse la acumulación de interés al capital para exigir mayores réditos».

En el Código de Comercio se observa, por tanto, una clara distinción de las dos principales funciones del interés: remuneratoria y moratoria. La primera se refiere claramente al capital prestado, mientras que la segunda lo hace tanto el capital, como a los intereses. Me remito al

⁴⁰ MEDINA ALCOZ, «Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference», *InDret*, 2011, p. 9; MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, «Sobre el anatocismo», *Revista Jurídica del Notariado*, 16, 1995, p. 362. Con todo, a mi juicio debe entenderse que ese pacto del artículo 7 podía hacerse *a priori*, es decir, junto a la perfección del contrato y hasta que se produjera el incumplimiento. Sus efectos, sin embargo, se desplegarían *a posteriori*, o sea, habiendo transcurrido el plazo para pagar los intereses vencidos y siendo líquidos. Considero que carecería de sentido entender que el nuevo pacto debía hacerse una vez producido el incumplimiento pues, lógicamente, el deudor se negaría a hacerlo por las consecuencias tan perjudiciales que le supondría (capitalización de intereses o anatocismo).

⁴¹ Debe matizarse la naturaleza de la regulación mercantil. Como señala FIGA FAURA, «Colisión intraestatal de ordenamientos: derecho civil y derecho mercantil: normas de conflicto», *Anuario de Derecho civil*, 34, 1981, pp. 73 ss., «la legislación mercantil regula *sustantivamente* algunos contratos de modo distinto a como lo hace la legislación civil y, lo que es infinitamente más importante, califica de mercantiles, con consecuencias decisivas, las obligaciones derivadas de los denominados “actos de comercio” e invierte parcialmente el orden de prelación de fuentes». El Código de Comercio no pretende «regular *directamente* las *actividades* típicamente comerciales», por lo que no puede decirse que haya superposición de las normativas civil y mercantil ni, en consecuencia, «necesidad de norma de conflicto de ninguna clase».

⁴² La deuda se entiende en el artículo 316 CCom como referida al capital o principal del préstamo, pues el precepto siguiente se refiere al interés vencido y no pagado, esto es, al interés remuneratorio.

subapartado 4.4 para su análisis detallado y los problemas de interpretación que estos preceptos han suscitado.

4.2. Supuesto de hecho del artículo 1109 CC: el interés remuneratorio vencido

Con la aprobación del Código Civil, el legislador retoma cuestiones como el préstamo, el interés remuneratorio y el interés moratorio y las recoge en un mismo texto legal movido por la mentalidad codificadora decimonónica. Sus preceptos representan un paso más en el progresivo cambio de perspectiva que se fue produciendo en dicho siglo en favor de la productividad del dinero, ya sea por considerarla como característica natural o por presumirse la existencia de un lucro cesante para el acreedor que no ha dispuesto de una suma de dinero⁴³. Simultáneamente, al admitirse el interés remuneratorio –precisamente también llamado «ordinario»–, el moratorio encontraba un acomodo más fácil, sin perjuicio de los límites que el legislador quiso imponer.

El Código distingue el régimen jurídico del simple préstamo (arts. 1740 y 1753 a 1757 CC) de las consecuencias del incumplimiento, enmarcadas en la Teoría General de la Obligación (arts. 1088 y ss. CC). No obstante, gran parte del contenido sustancial es muy parecido al de sus precedentes legislativos. Dado que ya hemos examinado los preceptos del préstamo que nos interesan a efectos de este análisis –que, fundamentalmente, se refieren al reconocimiento de la posibilidad de pactar intereses remuneratorios–, debemos ahora detenernos en el examen del segundo grupo de artículos, es decir, en el interés moratorio.

El artículo 1109 CC, como ya introduje, se sitúa entre los preceptos que la doctrina identifica como reguladores de la responsabilidad contractual o acción de daños y perjuicios. No obstante, conforma un subgrupo especial junto con el artículo 1108 CC, por la particularidad de su objeto y condiciones. En efecto, mientras que los artículos 1101 y a 1107 CC recogen la consecuencia indemnizatoria de los daños producidos en el cumplimiento de una obligación en general por culpa o dolo –con el límite del caso fortuito o fuerza mayor–, los artículos 1108 y 1109 CC se centran en la obligación que consiste en el pago de una cantidad de dinero, denominándose la consecuencia indemnizatoria «intereses» –moratorios, se entiende, por su función–.

Ahora bien, también puede hacerse otra distinción entre el artículo 1108 y 1109 CC, a partir de los antecedentes históricos y del análisis sistemático del contexto en el que se regulan. En este sentido, a mi juicio, el interés moratorio se desdobra: mientras que el 1108 CC se refiere a una obligación que consista «en el pago de una cantidad de dinero», el 1109 CC lo hace específicamente a la deuda de intereses remuneratorios vencidos. En otras palabras, dentro de las consecuencias indemnizatorias generales del sistema del Código Civil, parece haberse reconocido la especialidad del supuesto del retraso en una obligación pecuniaria, distinguiendo en función de si se trata de una en general (art. 1108 CC) o referida a los intereses remuneratorios, en particular (art. 1109 CC)⁴⁴. El precedente más inmediato de la distinción de dos tipos de intereses moratorios es el Código de Comercio, que ya vimos que seguía la misma estructura en

⁴³ MEDINA ALCOZ, «Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference», *InDret*, 2011, p. 13, con cita de la doctrina que sostiene cada perspectiva.

⁴⁴ Esta resulta una opinión minoritaria, compartida por MARTÍNEZ SANCHIZ, «El “favor debitoris” y el beneficio de competencia», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 56, 2016, p. 870, MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, «Sobre el anatocismo», *RJN*, 16, 1995, p. 354; y MÚRTULA LAFUENTE, *La prestación de intereses*, pp. 462 ss. Veremos más abajo los problemas derivados de la doctrina mayoritaria al considerar comprendido en el 1109 CC cualquier modalidad de interés.

los artículos 316 y 317, aunque dentro de la particular regulación del préstamo que desarrolla. Además, el artículo 1110 CC, de nuevo en paralelo con el 318 CCom, parece constituir el colofón del 1108 y 1109 CC, recogiendo las consecuencias del pago del capital sin reserva de intereses.

A pesar de la importante diferencia por razón del objeto entre el artículo 1108 y 1109 CC, ambos preceptos coinciden en el reconocimiento de una cierta capacidad de pacto a las partes, pues no parecen constituir normas imperativas⁴⁵. Aunque ya tuve ocasión de analizar el primer artículo en el apartado correspondiente, conviene recordar, a modo de recapitulación, que el legislador pretendió otorgar amplio margen a la autonomía de la voluntad de las partes respecto de la existencia de la indemnización de daños y su cuantificación en las obligaciones pecuniarias, en general. Por su parte, el segundo artículo *in fine*, al afirmar «aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto», parece entroncar con el principio de autonomía de la voluntad y, por tanto, que asume como admisible el pacto⁴⁶. En este sentido, la mayoría de la doctrina defiende que todo el artículo 1109 CC es disponible por pacto entre las partes⁴⁷ y procede a distinguir, al igual que la jurisprudencia, entre el denominado «anatocismo legal» del artículo 1109 CC y el «convencional» del 1255 CC⁴⁸. El problema está en que el 1109 CC no deja tan claro qué cuestiones son susceptibles de pacto y si algunas pertenecen, más bien, al ámbito del derecho necesario. La afirmación de la total disponibilidad de las partes debe matizarse, pues, reconociendo que el 1255 CC tiene su eco en el 1109 CC, considero que conviene distinguir los siguientes extremos a que puede referirse el pacto: el *quantum* de interés moratorio, la forma de calcularlo y el *dies a quo* de su devengo.

No considero que haya impedimento alguno *a priori* para admitir la posibilidad de pacto respecto a las dos primeras cuestiones indicadas en el párrafo anterior, según analizaré en los apartados siguientes; al fin y al cabo, los precedentes históricos parecen mostrar una progresiva apertura en el reconocimiento del interés y no se ve excluida a pesar de la parquedad del texto del 1109 CC⁴⁹. Sin embargo, considero que la tercera cuestión, referida al inicio del devengo de intereses moratorios, es el «punto» al que –con esa expresión– se refiere el párrafo primero del artículo 1109 CC y, como tal, no admite convención alguna. El legislador habría así pretendido establecer un límite de *ius cogens*⁵⁰.

⁴⁵ Sin perjuicio del matiz que indico en los siguientes párrafos y, en particular, en la NP 51.

⁴⁶ SSTS 430/2009, Civil, de 4 de junio (ECLI:ES:TS:2009:3875); y 770/2015, Civil (Pleno), de 12 de enero (ECLI:ES:TS:2015:462).

⁴⁷ ÁLVAREZ OLALLA, «Comentario artículos 1108 y 1109 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, 2006, p. 1316; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, «Comentario artículo 1109 CC» en CAÑIZARES LASO, *Comentarios al Código civil*, t. 3, Tirant lo Blanch, 2023, p. 5093; LLAMAS POMBO, «Comentario artículos 1108 y 1109 CC», en DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, 2010, p. 1225; MEDINA ALCOZ, «Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference», *InDret*, 2011, p. 28; RUIZ-RICO RUIZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. 2, pp. 902 ss.; VEIGA COPO, en *Comentarios al Código civil*, p. 8136.

⁴⁸ SSTS 103/2021, Civil, de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:632); 704/2021, Civil, de 18 de octubre (ECLI:ES:2021:3766); y 4/2023, Civil, de 10 de enero (ECLI:ES:TS:2023:31).

⁴⁹ Una postura extrema entendería que el artículo 1109 CC constituye una norma imperativa a los tres efectos citados, a partir de la letra del precepto: el interés fijado es el legal; la forma de cálculo no se mencionaría –como tampoco se hace en el artículo 1108 CC– pero se entendería que es la simple, es decir, la que consiste en aplicar a la cantidad de referencia –el interés remuneratorio– otra cantidad –el interés legal–; y el inicio del devengo de intereses sería la reclamación judicial. Las tres cuestiones del *quantum*, el método de cálculo y el *dies a quo* del devengo del interés moratorio quedarían establecidas, pues, legalmente, sin admitir margen de pacto a las partes.

⁵⁰ En el mismo sentido, MARTÍNEZ SANCHIZ, «El “favor debitoris” y el beneficio de competencia», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 56, 2016, p. 870, para quien «sólo después de la reclamación judicial, los

La cuestión del momento de devengo de los intereses moratorios constituye, por tanto, la más importante diferencia entre los artículos 1108 y 1109 CC. La doctrina coincide en señalar que el primero establece el devengo del interés legal –o del pactado, si tal pacto existe– respecto de las obligaciones pecuniarias en las que el deudor ha sido constituido en mora. Comoquiera que el artículo 1100 CC admite la constitución en mora no solo mediante reclamación judicial, sino también por vía extrajudicial, pero, además, la posibilidad de pactar la incursión automática en la mora por el mero incumplimiento impuntual, los intereses moratorios por la vía del 1108 CC son fácilmente accesibles para todo acreedor. Respecto al 1109 CC, el precepto no alude a la posibilidad de convenio alguno sobre las cuestiones reguladas, si bien la doctrina mayoritaria entiende que resulta admisible sobre cualquiera de ellas, incluyendo naturalmente el *dies a quo*. En idéntico sentido se pronuncia la jurisprudencia, por ejemplo en la STS 588/1945, Civil, de 25 de mayo (ECLI:ES:TS:1945:160), que pese a sostener que el artículo 1109 CC «regula el supuesto de inexistencia de pacto y manda que en tal caso produzcan el interés legal los intereses vencidos desde que sean judicialmente reclamados», no considera aplicable la letra del precepto al supuesto enjuiciado por existir dicho pacto. Asimismo, la STS 1226/1997, Civil, de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:1997:8048) afirma que «el Código Civil admite sin limitaciones el anatocismo convencional. Pero para que el mismo se produzca, es preciso el acuerdo de capitalización»⁵¹.

En contra de esta visión, creo que existen razones para justificar la exclusión de la posibilidad de pactar cualquier extremo del interés moratorio sobre el interés remuneratorio y, en particular, el *dies a quo*. A continuación desarrollo la explicación de esta interpretación, aunque también me remito al apartado 4.4 para añadir una causa adicional a la confusión presente en la lectura del 1109 CC: la visión mercantilista descontextualizada, que ha llevado a nuestra doctrina a optar por una solución favorable al Código de Comercio, obviando, a mi juicio, la letra del Código Civil.

Considero que el 1109 CC constituye una disposición imperativa en lo que se refiere al término inicial del devengo de intereses moratorios. Verdaderamente puede sorprender esta diferencia de régimen respecto al 1108 CC, el cual por medio de la conexión con el 1100 CC, como ya he indicado, permite la reclamación de los intereses moratorios desde la reclamación extrajudicial de la deuda o, incluso, desde el incumplimiento impuntual. Sin embargo, este contraste se explica por la intención del legislador de finales del siglo XIX de evitar un cambio brusco en la materia. En este sentido, como vimos, la regulación previa de la usura y el anatocismo era bastante limitativa, cuando no prohibitiva, por lo que es perfectamente entendible que el legislador optase por una ruptura «a medias»⁵².

intereses vencidos devengan el interés legal. Se trata de compensar el daño que comporta la carga de acudir a la vía judicial para su cobro». En contra, MEDINA ALCOZ, «Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference», *InDret*, 2011, p. 29, sostiene que «el punto se está refiriendo a los elementos constitutivos del anatocismo fijados por el Código», entre los que menciona la reclamación judicial; y MÚRTULA LAFUENTE, *La prestación de intereses*, p. 466, que se remite a la STS 588/1945, Civil, de 25 de mayo (ECLI:ES:TS:1945:160) para apuntalar su opinión.

⁵¹ Parece también seguir esta interpretación la STS 439/1998, Civil, de 7 de mayo (ECLI:ES:TS:1998:2925), ya que rechaza que el devengo de intereses de los intereses sea obligatorio ex artículo 1109 CC,

⁵² MUÑOZ DE DIOS SÁEZ («Sobre el anatocismo», *RJN*, 16, 1995, p. 356), que defiende la misma interpretación que aquí se sostiene (la expresión entrecomillada del texto principal la he tomado de su artículo). Con todo, algún tratadista temprano entendió el 1109 CC como un cierto lapsus del legislador, al no tener en cuenta que «la morosidad [*rectius*, mora] se había ampliado, haciéndolo llegar a las reclamaciones extrajudiciales» (MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la edición oficial*, p. 583).

Junto a lo anterior, debe tenerse presente el principio *favor debitoris* que informa el Código Civil. De hecho, por lo general, la doctrina reconoce que el fundamento del 1109 CC se encuentra en este principio, aunque no faltan autores que lo critiquen, calificándolo como «resabio» o «residuo» histórico que supone un régimen privilegiado para el deudor⁵³.

Este principio obliga a considerar que el límite de la reclamación judicial se previó como una manifestación más de la intención de proteger al deudor. En este caso, ante el temor a un crecimiento exponencial de la deuda: cuando se debe una cantidad de dinero, una vez admitido el interés remuneratorio, la práctica podía tender a convertir en normal que se deba el capital junto con estos intereses⁵⁴; y, si el deudor incumple, a ese dinero hay que sumar el interés moratorio del capital y de los intereses. Aquel, al menos, está limitado por la constitución en mora; pero, ¿se debería admitir que el devengo de intereses moratorios de los intereses remuneratorios sea automático? El deudor quedaría seguramente desprotegido por un incremento exagerado de la deuda, especialmente si se pacta un elevado tipo de interés moratorio⁵⁵. No puede ni debe olvidarse la génesis y los fundamentos del Código Civil y, en particular, del derecho patrimonial. Como bien demostró FIGA FAURA, el principio *favor debitoris* inspira el intento de neutralizar la deuda como «estado de necesidad y, por tanto, una situación de inferioridad del deudor frente al acreedor»⁵⁶.

La jurisprudencia más reciente comparte esta visión. Así, la STS 103/2021, Civil, de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:632) señala como una de las reglas que resultan del 1109 CC la de que los intereses «se devengan desde su reclamación judicial»; y, posteriormente, varias sentencias lo han reiterado⁵⁷.

Por todo lo anterior, considero que el 1109 CC impone la indisponibilidad del inicio del devengo de los intereses moratorios, a diferencia con lo que sucede con los intereses remuneratorios, para así proteger al deudor en el campo de las obligaciones pecuniarias. De permitir el devengo automático, la cantidad total a devolver –capital, más intereses remuneratorios, más intereses moratorios– se incrementaría rápidamente, dejando al deudor fácilmente indefenso. Si bien se ve, el 1108 CC admite el pacto hasta en dos ocasiones, tanto respecto a la existencia misma de la indemnización de daño, como en la cuantificación de los intereses. En cambio, el 1109 CC, en su laconismo, excluye todo pacto o convención sobre esos intereses vencidos, estableciendo una norma taxativa que fija el devengo del interés legal desde que son judicialmente reclamados y sin prever ninguna disposición en contrario. Si el legislador incluyó la referencia a que la norma se aplica aun a falta de pacto, es porque temió que ese silencio pudiese provocar la aplicación del

⁵³ MEDINA ALCOZ, «Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference», *InDret*, 2011, p. 20; y RUIZ-RICO RUIZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. 2, pp. 857 ss.

⁵⁴ LASARTE ÁLVAREZ, «La deuda de intereses», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 35, 1994, p. 136.

⁵⁵ También en este sentido, ORDÁS ALONSO, *El interés de demora*, Aranzadi, 2004, pp. 174 ss., señala que resulta evidente que la redacción del 1109 CC fue deliberada para proteger al deudor.

⁵⁶ FIGA FAURA, «Invasión del ámbito civil por las normas mercantiles», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 28, 1988, pp. 182 ss. Reafirmando esta idea, MARTÍNEZ SANCHIZ, «El “favor debitoris” y el beneficio de competencia», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 56, 2016, pp. 847 ss.; «El *favor debitoris* y la Propuesta de modernización del Código civil de 2023», en RODRÍGUEZ-ROSADO, *El Derecho de obligaciones y contratos y su modernización. La Propuesta de 2023*, Atelier, 2025, pp. 101 ss.

⁵⁷ Vid. SSTS 703/2021, Civil, de 18 de octubre (ECLI:ES:2021:3877); 704/2021, Civil, de 18 de octubre (ECLI:ES:2021:3766); y 4/2023, Civil, de 10 de enero (ECLI:ES:TS:2023:31).

1108: nunca pensó que la regla pudiese agravarse, y por ello ni siquiera mencionó la exclusión del pacto en contrario.

La evolución en la regulación, por tanto, no debe interpretarse como una metamorfosis desde una prohibición de intereses a un interés irrestricto, sino, más bien, como una variación progresiva mediante la que el legislador quiso introducir la posibilidad del cobro de intereses, pero manteniendo alguna limitación que impidiese su abuso, como es la mencionada exigencia de reclamación judicial para que los intereses remuneratorios devenguen moratorios. Si se entendiera el 1109 CC en el sentido de la autonomía de la voluntad sin límite, cuando la obligación de intereses no dijera nada acerca del inicio del devengo del interés moratorio, el acreedor podría recurrir a la vía del 1108 CC, de naturaleza menos restrictiva ya que el artículo 1100 CC admite la reclamación extrajudicial y el pacto de la mora automática. Por tanto, se anularía en la práctica el 1109 CC, por producirse una reiteración en la regulación de los intereses moratorios que no se llegaría a poder explicar.

Hay que tener en cuenta que algún autor ha llegado a proponer que se entienda como límite al inicio del devengo del interés moratorio el transcurso de un período temporal de un año⁵⁸, a imagen del ordenamiento francés o del Proyecto 1851⁵⁹. Sin embargo, el 1109 CC no recoge horizonte temporal alguno en este sentido, por lo que entender implícito un plazo para el inicio del devengo de nuevos intereses no pasa de ser una propuesta de *lege ferenda* que, si pretende proteger en algo al deudor, resulta menos sostenible que la que brinda una interpretación imperativa de la norma en cuestión.

4.3. Consecuencia jurídica del artículo 1109 CC: el interés moratorio

a. Forma de cálculo

⁵⁸ RUIZ-RICO RUIZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. 2, pp. 893 ss., que lo limita al supuesto en el que «los intereses simples base de los anatocísticos sean *legales*, es decir, intereses legales en la cuantía legal».

⁵⁹ El artículo 1154 CC fr. (1804) disponía que los intereses devengados del capital pueden generar intereses, ya sea mediante una demanda judicial o mediante un acuerdo especial, siempre que, tanto en la demanda como en el acuerdo, se trate de intereses adeudados por al menos un año completo (*Les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière*). La versión vigente la encontramos en el artículo 1343-2 CC fr. (2016) y establece que los intereses devengados, adeudados por al menos un año completo, generan intereses si así lo prevé el contrato o si así lo especifica una resolución judicial (*Les intérêts échus, dus au moins pour une année entière, produisent intérêt si le contrat l'a prévu ou si une décision de justice le précise*). Por su parte, el artículo 1652 Proyecto 1851, como vimos, recogía idéntica previsión temporal de un año para que los intereses vencidos pudieran empezarse a devengar nuevos intereses.

La mayor parte de la doctrina asume que en el artículo 1109 CC se encuentra el mejor ejemplo de anatocismo de nuestro Código Civil⁶⁰. Se le suele acompañar del adjetivo «legal»⁶¹, «judicial»⁶², e incluso algún autor habla de «mora anatocística»⁶³ o de «interés anatocístico»⁶⁴.

El problema parece situarse en la comprensión del anatocismo. Como ya comentamos en el primer apartado, el significado del término resulta equívoco. Resumidamente, puede referirse al hecho de que los intereses produzcan otros intereses, pero también al método de cálculo de capitalización compuesta, es decir, la agregación de los intereses al capital para obtener nuevos y mayores intereses (todo ello asumiendo como cantidad de referencia el interés, normalmente remuneratorio). En muchas ocasiones, la definición de anatocismo empieza por la primera acepción para deslizarse luego hacia la segunda, pero vimos que no eran significados de doble sentido. Aunque todo anatocismo como forma de cálculo es un interés del interés, viceversa no, pues el hecho del interés del interés nada dice sobre la forma de calcularlo.

La doctrina distingue tres posibles métodos de calcular el anatocismo: anatocismo complejo o acumulación sucesiva, anatocismo simple con cúmulo único y anatocismo simple puro o sin cúmulo⁶⁵. Fenomenológicamente son todos supuestos de anatocismo, pero en la categoría de fórmula de cálculo solo encaja la primera. Económicamente, además, parece un contrasentido hablar de «anatocismo simple» ya que implica la forma alternativa (opuesta) de cálculo.

El artículo 1109 CC no alude a ninguna fórmula de cálculo concreta, a diferencia de alguno de sus precedentes legales⁶⁶. Por ello, este precepto, constituye un claro ejemplo del fenómeno del interés del interés: el retraso en el pago del interés remuneratorio hace que devengue un interés moratorio desde la reclamación judicial⁶⁷. Se dispone así que el interés vencido (remuneratorio) devenga un interés (moratorio) desde un momento concreto (la reclamación judicial). Su cálculo responde al interés simple, en términos económicos. Así, siendo i_r el interés remuneratorio 100€,

⁶⁰ Sin ánimo exhaustivo, *vid.* ÁLVAREZ OLALLA, en *Comentarios al Código civil*, pp. 1315 ss.; DIÉGUEZ OLIVA, «Capítulo II. Del simple préstamo», en CAÑIZARES LASO, *Comentarios al Código civil*, t.5, Tirant lo Blanch, 2023, p. 7800; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, en *Comentarios al Código civil*, t. 3, p. 5093; GARCÍA AMIGO, «Comentario artículo 1109 CC», en PAZ ÁRES/DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN/SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código civil*, t. 2, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 64 ss.; LASARTE ÁLVAREZ, «La deuda de intereses», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 35, 1994, p. 135; LLAMAS POMBO, en *Comentarios al Código civil*, pp. 1224 ss.; RUIZ-RICO RUIZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. 2, pp. 849 ss.; VEIGA COPO, en *Comentarios al Código civil*, pp. 8135 ss.

⁶¹ SSTs 886/1999, Civil, de 30 de octubre (ECLI:ES:TS:1999:6842); 631/2008, Civil, de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2008:3598); y 103/2021, Civil, de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:632).

⁶² CORBAL FERNÁNDEZ, «Las deudas pecuniarias: los intereses moratorios», *Cuadernos de derecho judicial*, 8, 1996, p. 604; GARCÍA AMIGO, en *Comentario del Código civil*, t. 2, p.65; y ORDÁS ALONSO, *El interés de demora*, pp. 177 ss.

⁶³ MEDINA ALCOZ, «Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference», *InDret*, 2011, p.11.

⁶⁴ LLAMAS POMBO, en *Comentarios al Código civil*, p. 1225.

⁶⁵ RUIZ-RICO RUIZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. 2, pp. 851 ss. La doctrina ha seguido estos criterios de distinción, destacando MEDINA ALCOZ, «Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference», *InDret*, 2011, pp. 15 ss., por su desarrollo individualizado de cada una de las tres tesis, que califica como «fórmulas anatocísticas».

⁶⁶ Por ejemplo, como vimos, el artículo 1652 Proyecto 1851 reconoce que «no puede pactarse intereses de intereses» (fenómeno), pero acto seguido parece admitir el anatocismo como fórmula de cálculo *a posteriori* (un año después de vencer los intereses remuneratorios). Para el Código de Comercio, me remito al subapartado en el que lo desarrollo.

⁶⁷ La STS 439/1998, Civil, de 7 de mayo (ECLI:ES:TS:1998:2925), subraya que la práctica del cálculo de intereses de los intereses no es de obligatoria realización por la aplicación del artículo 1109 CC; y la STS 177/1999, Civil, de 27 de febrero (ECLI:ES:TS:1999:1348), declara que «ni la ley procesal ni el Código Civil contienen previsión alguna sobre capitalización de intereses» y parece fundamentarlo en el principio general del *favor debitoris*.

asumiendo el interés legal de este año 2025 (3,25%), el 1109 CC está diciendo que el interés moratorio (i_m) del interés remuneratorio (i_r) es 3,25€ y el deudor debe 103,25€ en concepto de intereses remuneratorios y moratorios (i_t), transcurrido un año desde la reclamación judicial. El cálculo se haría de la siguiente forma:

$$\begin{aligned} i_r &= 100 \\ i_m &= 100 \cdot 3,25\% = 3,25 \\ i_t &= 100 + 3,25 = 103,25\text{€} \end{aligned}$$

Considero que esta situación de confusión también procede de la asociación del anatocismo con una función moratoria del capital debido. Sin embargo, nuestro Código, como vimos, distingue según si se trata de una obligación pecuniaria, en general, o del interés remuneratorio, en particular. La cantidad de referencia en el 1109 CC es, exclusivamente, el interés remuneratorio.

El problema está en partir del anatocismo como hecho para llegar al anatocismo como forma de cálculo, confundiendo los conceptos implicados. Primero, porque hay, al menos, tres cuestiones que manejar en una deuda pecuniaria incumplida: el capital, el interés remuneratorio y el interés moratorio. En las dos últimas puede darse el fenómeno de que haya un interés del interés, pero estrictamente –como hecho–, sin que exista referencia alguna a la forma de su cálculo. Segundo, porque el 1109 CC está describiendo un supuesto muy concreto: el devengo de interés moratorio a partir de la deuda de interés remuneratorio. No dice que la forma de calcularlo sea el interés compuesto, sino que, más bien, alude a un devengo del interés sobre otro interés que, después, calculará por la vía simple. En consecuencia, considero que debe dejarse claro qué concepto de anatocismo se está manejando en un caso concreto, si el económico del cálculo o el jurídico del hecho. El artículo 1109 CC, en particular, solo puede identificarse con el anatocismo en un sentido: el del hecho de que un interés devengue otro interés, pero no como fórmula de cálculo, pues, conforme a la letra del precepto, se entiende que deberá seguirse el método simple.

b. Autonomía de la voluntad y anatocismo

Una vez asentada la consecuencia jurídica del artículo 1109 CC, resulta conveniente analizar ahora la incidencia que sobre ella tiene la autonomía de la voluntad, pues considero que es el terreno en el que verdaderamente se desenvuelve el anatocismo como forma de cálculo. Sin perjuicio de que aquel precepto dispone un devengo simple del interés moratorio respecto del remuneratorio a partir de la reclamación judicial, parece dejar abierta la autonomía de la voluntad en extremos como el *quantum* y la forma de cálculo del interés moratorio. En consecuencia, podría llegar a admitir el anatocismo dentro de la segunda categoría⁶⁸.

Primeramente, debe distinguirse respecto a qué cantidad se va a aplicar el método compuesto de cálculo ya que puede hacerse tanto respecto al capital, agregando los intereses remuneratorios para obtener intereses moratorios, como al interés remuneratorio exclusivamente, aplicando una nueva cantidad como interés moratorio. La primera alternativa considero que implica la integración de los dos conceptos de interés moratorio del 1108 y 1109 CC, pudiendo pactarse una

⁶⁸ En contra suele mencionarse la STS 94/1960, Civil, de 13 de febrero (ECLI:ES:TS:1960:1855), justificando que desde dicha sentencia el Tribunal Supremo viene declarando que no es lícito reclamar intereses de intereses. Sin embargo, creo que, en realidad, con este argumento se está haciendo referencia al cuarto motivo alegado por el recurrente en casación y no a la decisión del Tribunal Supremo, que solo estima lo relativo a la contradicción del fallo de la Sala de la Audiencia Territorial.

cuantía igual o diferente respecto de cada uno⁶⁹. Cuando se conviene el anatocismo así, por tanto, económica y jurídicamente las partes están de acuerdo en una forma de cálculo concreta y global de los daños y perjuicios causados por el retraso en el pago de una obligación pecuniaria. El problema está en que nuestro Código Civil limita el devengo de los intereses moratorios respecto de los remuneratorios, por lo que todo pacto que prevea el anatocismo debe tener en cuenta el *dies a quo* de la reclamación judicial. Por su parte, la segunda alternativa antes mencionada es la que legamente regula el artículo 1109 CC: sin necesidad de pacto, los intereses remuneratorios van a devengar una cantidad –el interés legal, al menos– con función moratoria, desde su reclamación judicial.

En estrecha relación con lo anterior, se plantea el problema del juego simultáneo entre el anatocismo y los intereses moratorios *ex* artículo 1108 CC. La mayor parte de la doctrina considera que son compatibles, puesto que defienden que el supuesto de hecho del 1109 CC abarca todo tipo de interés al referirse a él en general, sin establecer diferenciación alguna por su origen. Destacan, en particular, MEDINA ALCOZ, que señala que cuando los intereses-base del 1109 CC sean los moratorios legales, a falta de un período concreto fijado, vencerán a diario (art. 451. 3 CC), devengando, a su vez, al día siguiente intereses anatocísticos; y RUIZ-RICO RUIZ, que razona que en el 1109 CC tienen cabida los propios intereses anatocísticos pues, de lo contrario, habría una laguna legal⁷⁰.

En la jurisprudencia, la reciente STS 103/2021, Civil, de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:632) declara la compatibilidad del artículo 1109 CC y la Ley 3/2004 de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Dentro de los seis argumentos que el Tribunal Supremo utiliza para justificar esta decisión, destaca el primero, que considera que «no existe exclusión expresa» en la Ley 3/2004 y que el 1109 CC, por su parte, «no contiene ninguna regla de delimitación negativa. Asimismo, afirma que dentro del término “intereses” se incluyen, en principio, no sólo los ordinarios o remuneratorios, sino también los moratorios»⁷¹.

Frente al desarrollo de los párrafos anteriores –que reflejan la posición mayoritaria de nuestra doctrina y jurisprudencia–, no considero que el artículo 1109 CC se esté refiriendo a cualquier tipo de interés. Según vimos, los antecedentes histórico-legales y la interpretación sistemática

⁶⁹ En el caso resuelto por la STS 1152/1999, Civil, de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:1999:8566), por ejemplo, el reconocimiento litigioso de deuda contenía una estipulación que preveía que la deuda reconocida devengaría un interés anual del quince por ciento a favor de la sociedad acreedora y que los intereses vencidos y no pagados devengarían a su vez un interés del quince por ciento anual.

⁷⁰ MEDINA ALCOZ, «Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference», *InDret*, 2011, pp. 22 ss.; y RUIZ-RICO RUIZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. 2, p. 864. Otros autores que se han pronunciado en este sentido son: ÁLVAREZ OLALLA, en *Comentarios al Código civil*, p. 1316; y ORDÁS ALONSO, *El interés de demora*, p. 168.

⁷¹ El resto de argumentos se basan en la especialidad de la Ley 3/2004 respecto del momento en el que los intereses de demora se empiezan a devengar (automáticamente, frente a la regla del artículo 1100 CC) y de la cuantificación del interés moratorio (artículo 7.2, frente al artículo 1108 CC); en que el Código Civil «contempla su coexistencia con las leyes o normas especiales»; dado que por la finalidad de la Ley 3/2004 de luchar contra la morosidad «resultaría contradictorio, [...] que, sin una expresa previsión legal, se interpretase la norma especial como abrogatoria de la regla general del anatocismo en perjuicio precisamente del beneficiario de la norma especial»; porque por aplicación de la regla de la prevalencia de ley especial sobre ley general, la Ley 3/2004 ni regula ni proscribire la aplicación del anatocismo; y, finalmente, ya que esta solución se entiende como «la que mejor armoniza con el criterio que resulta de la jurisprudencia que, en el ámbito de la contratación administrativa, ha establecido la Sala de lo Contencioso-Administrativo».

del precepto conducen a interpretar que se refiere sola y exclusivamente al interés remuneratorio, que bien podrá ser definido así por disposición legal –como los del préstamo civil– o por doctrina jurisprudencial –como los de la Ley 57/1968–.

Junto a lo anterior, si examinamos conjuntamente los artículos 1108 y 1109 CC puede acertarse a ver una cierta reiteración entre ambos que nos conduciría a reclamar sucesivamente –hasta el infinito– el interés del interés. En palabras de MARTÍNEZ SANCHIZ: «el anatocismo constituye una modalidad de intereses moratorios. Su adición a los intereses de demora supone una duplicidad, que alcanza su paroxismo cuando se capitalizan los propios intereses moratorios (mora de la mora). *Non bis in ídem*»⁷². Asimismo, como este autor sigue diciendo, «el hecho de que los artículos 1108 y 1109 del Código civil desdoblén el ámbito de aplicación de los intereses moratorios y del anatocismo, abunda en la idea de que ambos no pueden actuar juntos desde el principio, por cuanto supone demandar una doble compensación por los perjuicios sufridos»⁷³.

Por otro lado, el anteriormente mencionado interés de demora de la Ley 3/2004 debe entenderse de la misma manera que el 1108 CC, pues no constituye sino una norma especial respecto de este precepto regulador del interés moratorio y, por lo tanto, es incompatible con el artículo 1109 CC. En este sentido, pese a que las SSTs 703/2021, Civil, de 18 de octubre (ECLI:ES:2021:3877) y 704/2021, Civil, de 18 de octubre (ECLI:ES:2021:3766), reiteran la anterior STS 103/2021, Civil, de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:632), a mi juicio la rectifican, respondiendo a una de las cuestiones que esta sentencia apuntó que no se había discutido en el caso: la aplicabilidad del «anatocismo civil» a los intereses moratorios⁷⁴. Así, las dos sentencias de octubre de 2021 consideran compatibles los intereses remuneratorios de la Ley 57/1968 con el interés moratorio

⁷² MARTÍNEZ SANCHIZ, «El “favor debitoris” y el beneficio de competencia», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 56, 2016, p. 872.

⁷³ En caso de que se condenara al deudor al pago del capital, de los intereses remuneratorios y los moratorios, el retraso en el pago de la condena –nueva obligación pecuniaria, por tanto– podría devengar un nuevo interés moratorio ex artículo 1108 CC, pero nada tendrá que ver el 1109 CC.

⁷⁴ Con todo, llama la atención el hecho de que las sentencias que reiteran la doctrina de la STS 103/2021, Civil, de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:632) recojan literalmente la regla que resulta del 1109 CC sobre que «la deuda de intereses, una vez vencida, genera intereses “anatocísticos”», pero omitiendo el paréntesis que la primera sentencia respecto de los intereses del 1109 CC, incluyendo los remuneratorios y los moratorios. A mi juicio supone una concreción de lo que quedó abierto en la primera sentencia mencionada de 2021, aclarando que el interés del 1109 CC solo se refiere a los intereses remuneratorios.

Junto con el argumento que he recogido en el texto principal, en paralelo a la argumentación de la sentencia de febrero del 2021, las SSTs 703/2021, Civil, de 18 de octubre (ECLI:ES:2021:3877) y 704/2021, Civil, de 18 de octubre (ECLI:ES:2021:3766) arguyen los siguientes seis motivos para justificar la compatibilidad de los intereses remuneratorios de la Ley 57/1968 con la aplicación del interés moratorio del 1109 CC: primero, porque no existe una exclusión expresa en dicha ley a la aplicación del régimen de la mora del Código Civil, «ni de la regla del anatocismo civil respecto de las deudas por los intereses legales que establecen»; segundo, dado que el propio Código «contempla su coexistencia con las leyes o normas especiales, de forma que solo queda desplazada la regulación general o común en lo que resulten incompatibles [...]. La especialidad del régimen de intereses fijado por aquellas normas [Ley 57/1968 y LOE] se limita a los de carácter remuneratorio»; tercero, en tanto la regla de la prevalencia de la ley especial sobre la general se aplica en lo que ambas normas «entran en concurso o colisión por afectar a un mismo objeto y tener mandatos contradictorios, lo que exige delimitar el ámbito de aplicación de la norma especial y confrontarlo con la general», lo que no sucede en este caso; cuarto, resultaría contradictorio con la finalidad de la Ley 57/1968 –la tutela a los adquirentes de vivienda– interpretar «la norma especial como abrogatoria de la regla general del anatocismo en perjuicio precisamente del beneficiario de la norma especial»; quinto, los intereses están vencidos conforme se van cumpliendo cada uno de los plazos del calendario periódico pactado; y, por último, «no cabe dudar de la *mora debitoris* ni del carácter líquido de los intereses legales devengados [...] al no existir duda de la cuantía de los anticipos, el plazo de devengo y el tipo de interés». Posteriormente, en el mismo sentido que estas sentencias de 2021, *vid.* la STS 4/2023, Civil, de 10 de enero (ECLI:ES:TS:2023:31).

del 1109 CC. Con lo cual, parecen circunscribir el ámbito objetivo de este último precepto al interés remuneratorio⁷⁵.

c. *Límites al pacto de anatocismo*

Aunque económicamente es posible el devengo del interés moratorio por la vía del anatocismo, jurídicamente no parece viable, según la interpretación del 1109 CC que vengo desarrollando. El error de admitirlo por incardinación en dicho precepto se halla en el punto de partida mismo: si las partes optan convencionalmente por el anatocismo como vía de cálculo –única forma de que sea viable civilmente en nuestro país–, se encuentran con un importante primer límite de *ius cogens*: el inicio del devengo será la reclamación judicial de la deuda. Ahora bien, lógicamente, si se pacta que esta forma de cálculo comience a partir de aquel momento procesal, no veo inconveniente alguno para su admisión en el 1109 CC.

Surge ahora la posibilidad de trasladar al campo del interés moratorio el principal problema del interés remuneratorio, esto es, la posibilidad de incurrir en usura. Aunque no es un tema que se haya estudiado en concreto junto al anatocismo, una parte de la doctrina y jurisprudencia se ha pronunciado sobre esta cuestión.

Autores como ÁLVAREZ OLALLA, GARCÍA AMIGO, MEDINA ALCOZ y MURILLO VILLAR se han mostrado favorables a la aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios a los intereses moratorios⁷⁶; y, en el mismo sentido, según LLAMAS POMBO, la jurisprudencia de la primera mitad del siglo XX⁷⁷. Más recientemente, la STS 422/2002, Civil, de 7 de mayo (ECLI:ES:TS:2002:3217), continuó esta tendencia, afirmando que la permisibilidad del Código Civil sobre los pactos de intereses de demora, anatocismo y cláusula penal no escapa a la aplicación de la Ley represora de la usura, «que se refiere en el art. 1º a la estipulación de un interés, sin distinguir su clase o naturaleza»⁷⁸.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia más reciente y otra parte de la doctrina se han manifestado contrarios a la aplicación de la legislación especial sobre usura a los intereses moratorios. MÚRTULA LAFUENTE señala que la función del interés es determinante para decidirse en favor o en contra de la aplicación de la Ley de la Usura, por lo que defiende que debería excluirse de su ámbito de aplicación los intereses moratorios, pues su objetivo es «indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones [...] y no remunerar por el uso normal de un capital ajeno»⁷⁹.

⁷⁵ De hecho, a pesar de que la demanda se había basado en el 1108 CC para reclamar el correspondiente interés moratorio de las cantidades anticipadas a cuenta de la vivienda adquirida junto con los intereses legales previstos en la Ley 57/1968, los demandantes se apoyan en la infracción del 1109 CC para justificar su recurso de casación y el Tribunal Supremo utilizará dicho precepto para fundamentar su decisión.

⁷⁶ ÁLVAREZ OLALLA, en *Comentarios al Código civil*, p. 1316; GARCÍA AMIGO, en *Comentario del Código civil*, t. 2, p. 65, MEDINA ALCOZ, «Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference», *InDret*, 2011, p. 38; MURILLO VILLAR, «Anatocismo: historia de una prohibición», *AHDE*, 69, 1999, p. 514.

⁷⁷ LLAMAS POMBO, en *Comentarios al Código civil*, p. 1225.

⁷⁸ STS 422/2002, Civil, de 7 de mayo (ECLI:ES:TS:2002:3217).

⁷⁹ MÚRTULA LAFUENTE, «La usura: un viejo problema, una nueva perspectiva en tiempos de crisis», *Revista de Derecho Privado*, 94, 2010, p. 9.

En lo que a la doctrina del Tribunal Supremo se refiere, poco menos de un año antes de la sentencia de 2002 que se mostraba favorable a la aplicación de la Ley de la Usura a los intereses moratorios, la STS 869/2001, Civil, de 2 de octubre (ECLI:ES:TS:2001:7453), justificaba la solución contraria de forma más detallada. Concretamente decía lo siguiente: «corresponde señalar que un importante sector de la doctrina sostiene que, debido a la distinta naturaleza de los intereses retributivos y los moratorios, a éstos últimos no se les debe aplicar la Ley de Represión de la Usura [...]. No tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se considere si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos». Posteriormente, la STS 430/2009, Civil, de 4 de junio (ECLI:ES:TS:2009:3875), reafirmaría esta solución para los intereses moratorios.

Si examinamos la ley especial de la que hablamos –Ley de 23 de julio de 1908–, la usura que regula se refiere al contrato de préstamo (art. 1) o a «toda operación sustancialmente equivalente» (art. 9). Su finalidad no es otra que poner coto a la libertad de las partes para concretar la naturaleza fructífera del dinero y evitar que el deudor quede a expensas de su acreedor. Por ello, el legislador dispuso que su naturaleza fuera sancionadora, impidiendo aplicar la regulación más allá de los casos de interés «notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que aquél resulte leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales» (art. 1).

La interpretación del préstamo usurario, en palabras de nuestra jurisprudencia, habrá de hacerse sistemáticamente, teniendo en cuenta, primero, el tipo medio de interés correspondiente a la categoría a la que pertenezca la operación crediticia cuestionada en el momento de celebración del contrato (comparación sincrónica); segundo, si existen categorías específicas, deberá utilizarse aquella con la que la operación financiera guarde mayor similitud, pues esos rasgos comunes determinan el precio del crédito o TAE; y, finalmente, cuanto más elevado sea el índice de referencia en calidad de interés normal del dinero, menos margen habrá para incrementar el precio de la operación sin incurrir en usura⁸⁰. Por tanto, como indica MÚRTULA LAFUENTE, el interés usurario es todavía un concepto flexible, pues «varía en función de las partidas incluidas para su cálculo, las condiciones del mercado, el tipo de operación al que se refiera y las garantías ofrecidas para su cobro»⁸¹.

Sin perjuicio de lo anterior, no considero que el interés moratorio pueda tener cabida en el supuesto de hecho de la Ley de la Usura, aunque algunos de sus criterios sean utilizados por analogía en la práctica de nuestros tribunales⁸². Ciertamente, el interés calculado como anatocismo puede ser «usurario», pero no en el sentido que tutela la Ley de 1908, sino en el

⁸⁰ DIÉGUEZ OLIVA, en *Comentarios al Código civil*, t. 5, pp. 7798 ss.

⁸¹ MÚRTULA LAFUENTE, «La usura: un viejo problema, una nueva perspectiva en tiempos de crisis», *RDP*, 94, 2010, p. 8.

⁸² GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario artículo 85», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª ed., Aranzadi, 2015; ZUMAQUERO GIL, «Comentario artículo 85», en CAÑIZARES LASO/ZUMAQUERO GIL, *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1260 ss.

literal, es decir, «excesivo». Distinto será que el interés moratorio encubra un interés retributivo, pues entonces sí entraría en el supuesto de hecho de aquella ley⁸³. La cuestión, por tanto, es analizar qué soluciones pueden darse al deudor que sufre un elevado interés moratorio respecto del interés remuneratorio.

Si resulta de aplicación el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU), su artículo 85.6 podría ser la vía para tutelar al deudor frente a unas cláusulas abusivas «que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones»⁸⁴. Sin embargo, la solución para la cláusula del interés moratorio no parece clara, pues mientras que algunas voces de la doctrina sostienen la nulidad de la cláusula y la inexistencia de interés moratorio, otras optan por la aplicación del artículo 1108 CC (o, análogamente, el 1109 CC), siempre que se solicite⁸⁵. Dado que el 1109 CC prevé el devengo de interés moratorio *ipso iure* desde la reclamación judicial, considero que sería de aplicación este precepto.

Si, en cambio, resulta de aplicación el régimen puro y simple civil, la cuestión parece distinta. Solo encontramos dos límites –de naturaleza temporal– para el devengo de los intereses moratorios: respecto al capital, el artículo 1108 CC requiere la constitución en mora del deudor y, respecto de los intereses, el 1109 CC exige la reclamación judicial. No obstante, parecen insuficientes de cara a los supuestos en que se ha pactado un alto porcentaje de interés moratorio. Por ello, la jurisprudencia que ha aplicado el abuso de derecho y los límites de la moral y la buena fe al caso de pacto de una pena convencional excesiva puede ser perfectamente aplicable a este caso. Si el juez estima que el pacto de anatocismo deja de ser indemnizatorio para cumplir, más bien, una función punitiva, podría apreciar que se ha hecho «en contra de la moral y de la buena fe, transgrediendo los normales límites a la autonomía privada, y con carácter abusivo, usurario o leonino»⁸⁶. Estos conceptos jurídicos pueden trasladarse por analogía a los casos de anatocismo, ante el silencio del Código al respecto, y como aplicación de lo dispuesto en los artículos 1255 y 1258 CC. En definitiva, este constituye el segundo límite a la libertad de las partes respecto del interés moratorio de los intereses remuneratorios y su *quantum*.

4.4. La mercantilización del Derecho civil y el anatocismo en el Código de Comercio

⁸³ En este caso, MÚRTULA LAFUENTE, «La usura: un viejo problema, una nueva perspectiva en tiempos de crisis», RDP, 94, 2010, p. 10, se muestra partidaria de aplicar la Ley de la Usura.

⁸⁴ Señala ZUMAQUERO GIL, en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, pp. 1261 ss., que para los contratos de préstamo con consumidores, la jurisprudencia del Tribunal Supremo estableció como doctrina a partir de 2015 la consideración como abusiva de la cláusula que fije un interés moratorio que consista en un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado.

⁸⁵ GONZÁLEZ PACANOWSKA, en *Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, recoge sentencias de Audiencias Provinciales en ambos sentidos, aunque se muestra partidaria de la solución del 1108 CC. En idéntico sentido se pronuncia MÚRTULA LAFUENTE, «La usura: un viejo problema, una nueva perspectiva en tiempos de crisis», RDP, 94, 2010, pp. 9 ss. En cambio, ZUMAQUERO GIL, en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, p. 1264, considera que, como «el contrato puede subsistir sin la cláusula en cuestión, no cabe integración alguna».

⁸⁶ RODRÍGUEZ-ROSADO, «Comentario artículo 1154 CC», en CAÑIZARES LASO, *Comentarios al Código civil*, Tirant lo Blanch, 2023, p. 5321. También, *vid* SSTs 530/2016, Civil, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TS:2016:4044); 485/2021, Civil, de 5 de julio (ECLI:ES:TS:2021:2702); 804/2021, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4224); 853/2021, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4557); y 317/2022, de 20 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1552).

Las normas mercantiles parecen haber invadido el ámbito civil de forma gradual, no solo por obra del legislador, sino gracias también a la labor de la doctrina y la jurisprudencia. En palabras de FIGA FAURA, «la presión del estamento mercantil se ha dirigido hacia [multitud de] sectores preconizando su transformación en mercancía»⁸⁷. El problema está en que tanto los fines como los fundamentos mercantiles y civiles no responden a la misma lógica. De hecho, como advierte MARTÍNEZ SANCHIZ, el resultado es «la comercialización del Derecho civil, que erosiona gravemente ese principio de humanidad [*favor debitoris*] en provecho de los acreedores [*favor creditoris*]]»⁸⁸.

La cuestión de la mora, el interés y el anatocismo también se ha visto afectada por esta tensión. En efecto, en lugar de seguirse la lógica del 1109.2 CC, que remite a lo dispuesto en el Código de Comercio para los negocios comerciales, se parte de la regulación comercial para interpretar la civil, dando lugar a una extensión de la autonomía de la voluntad que no se corresponde con la lógica del Código Civil, según he desarrollado anteriormente.

La causa tal vez se encuentre en la confusión de que todo préstamo bancario –quizá la modalidad más frecuente en el tráfico jurídico y económico de nuestro país– representa un préstamo mercantil, tan denunciada por alguna doctrina civilista, pero relegada al olvido quizá conscientemente⁸⁹. El Tribunal Supremo considera el préstamo litigioso como acto de comercio de manera análoga a los artículos 177, 179 y 199 CCom, que incluyen el préstamo dentro de las actividades de las compañías de crédito y bancos, aunque sin convertirlo, por ello, en acto de comercio, como pone de manifiesto MARTÍNEZ SANCHIZ⁹⁰. La realidad, en verdad, parece la contraria. Debe distinguirse así, como hizo FIGA FAURA, entre acto de comercio y operación comercial. Este autor constata cómo históricamente ha sido concebible tanto que un comerciante realice una actividad que no es mercantil, como que alguien que no es comerciante realice una actividad mercantil. El Código de Comercio contiene una visión del comerciante como quien se dedica al comercio y no como aquel que realiza actos de comercio. Aquel concepto es tanto económico como sociológico. En cambio, la calificación de acto de comercio es jurídica y tiene las notas de absoluta y total, es decir, que arrastra en su totalidad la aplicación de una regulación específica (la mercantil). En definitiva, «acto de comercio» significa «acto sujeto a la legislación mercantil»⁹¹ y, por tanto, en el fondo el problema es qué regulación será aplicable al préstamo. Si se contempla como mercantil todo préstamo bancario, el problema de la capitalización de intereses se proyecta hacia una gran masa de operaciones⁹².

⁸⁷ FIGA FAURA, «Invasión del ámbito civil por las normas mercantiles», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 28, 1988, p. 180.

⁸⁸ MARTÍNEZ SANCHIZ, «El “favor debitoris” y el beneficio de competencia», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 56, 2016, p. 851.

⁸⁹ CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. 2, Bosch, 1990, pp. 249 ss. defiende que el artículo 311 CCom exige la concurrencia de un doble y simultáneo requisito, en la línea de su precedente de 1829: «1.º) que *alguno* de los contratantes fuere comerciante; 2.º) que las cosas prestadas se destinen al comercio». Además, respecto a la jurisprudencia y doctrina administrativa habitualmente invocadas para justificar que los préstamos bancarios tienen naturaleza mercantil, sostiene que los supuestos alegados eran indudablemente mercantiles, por lo que la doctrina expresada era, más bien, *obiter dictum*.

⁹⁰ MARTÍNEZ SANCHIZ, «El “favor debitoris” y el beneficio de competencia», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 56, 2016, p. 853.

⁹¹ FIGA FAURA, «Colisión intraestatal de ordenamientos: derecho civil y derecho mercantil: normas de conflicto», *ADC*, 34, 1981, pp. 43 ss.

⁹² MONTÉS PENADÉS, en *Estudios de derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, t. 2, p. 1866.

Al analizar la regulación mercantil, comprobamos cómo la premisa de partida es la duplicidad del interés moratorio, como dije antes⁹³. El artículo 316 CCom, ya se vio, se refiere al interés moratorio del capital adeudado y es de relativa sencillez interpretativa, pues prevé el devengo automático del interés, es decir, solo con la demora del pago de las deudas, sin exigir requerimiento judicial o extrajudicial como sucede en el artículo 1108 CC por remisión a la mora (art. 1100 CC). En cambio, la regulación relativa al interés moratorio del interés remuneratorio contenida en el artículo 317 CCom es de mayor complejidad por su redacción: «Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital devengarán nuevos réditos».

El 317 CCom parece partir del extremo opuesto no solo del artículo 316 CCo, sino del 1109 CC, pues niega el devengo del interés moratorio en el caso de los intereses vencidos y debidos, para, seguidamente, prever la posibilidad de que las partes capitalicen los intereses líquidos y no satisfechos y que así devenguen nuevos réditos⁹⁴. La contraposición entre el «no devengarán» y que «los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar», se entiende por la gran mayoría de la doctrina como la admisión de la convención entre las partes⁹⁵. No obstante, la justificación a este inciso segundo encuentra dos interpretaciones distintas: una basada en que el legislador excluye el «anatocismo legal»⁹⁶, y otra que concibe el precepto como excepción a la mora automática mercantil⁹⁷. Los antecedentes históricos parecen justificar la primera visión, pues, si bien es cierto que se partía de un rechazo del interés, a la vez se iba abriendo un cierto espacio a la libertad de las partes.

El problema está en que el artículo 317 CCom no deja claro el momento en que se puede realizar el pacto: si solo se permite la convención posterior al retraso en el pago del interés o, en cambio,

⁹³ En el mismo sentido, MONTÉS PENADÉS, en *Estudios de derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, t. 2, p. 1896.

⁹⁴ MUCIUS SCAEVOLE, *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo á la edición oficial*, p. 585, divertidamente considera que los criterios que se aplican a los asuntos comerciales respecto de los civiles son «muy distintos [...] porque de otra manera, y no echando mano de estos recursos, la sustantividad del derecho comercial no daría de sí para un Código de respetable tamaño».

⁹⁵ De hecho, aquí podríamos encontrar un aspecto de la influencia mercantil sobre la civil, ante el silencio del artículo 1109 CC sobre su carácter dispositivo o no. No obstante, frente a lo que desarrollaré en el texto, parece adecuado asumir la posibilidad de pacto, aunque limitado a algunos aspectos del interés moratorio, por las razones ya apuntadas en apartados anteriores respecto de los precedentes históricos que, progresivamente, fueron reconociendo el interés remuneratorio y moratorio, pero también por la importancia de la autonomía de la voluntad en la regulación civil.

⁹⁶ MONTÉS PENADÉS, en *Estudios de derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, t. 2, p. 1893, afirma así que la regla del primer inciso del 317 CCom es «clara y rotunda: no cabe, en materia de préstamos mercantiles, que el interés [...] devengue interés». También, la STS 987/1994, Civil, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:1994:19223), declara que, a pesar de que la norma general es la negación de «la posibilidad del anatocismo legal o de producción ope legis [...], admite expresamente, en cambio, el convencional». Además, considera aplicable la doctrina jurisprudencial del artículo 1109 CC en el sentido favorable del pacto entre las partes.

⁹⁷ ÁLVAREZ OLALLA, en *Comentarios al Código civil*, p. 1316, considera que el tenor del 317 CCom «no tiene por qué significar prohibición del anatocismo legal, sino que se interpreta que la finalidad es excluir la mora automática respecto a los intereses insatisfechos, a diferencia de lo establecido en los artículos 63 y 316 CCom en relación al impago del principal. Sería necesaria, por tanto, la correspondiente reclamación judicial».

puede hacerse desde el mismo momento de la contratación originaria⁹⁸. Por un lado, RUIZ-RICO RUIZ considera lícitos los pactos previos gracias a la función actualizadora de la jurisprudencia, con apoyo en el 1109.1 CC *in fine*⁹⁹; y, en el mismo sentido, la STS 987/1994, Civil, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:1994:19223), afirma que el anatocismo convencional puede ser pactado por las partes en el mismo contrato originario de préstamo mercantil con interés, sin necesidad de ninguna convención posterior para ello. En sentido opuesto, MONTÉS PENADÉS defiende que el pacto de capitalización sólo es posible «después de vencidos y líquidos los intereses sobre intereses no pagados»¹⁰⁰. Según este autor, esto se explica por «la desconfianza hacia prácticas que podrían devenir usurarias, en la protección de los deudores de dinero, en la necesidad de advertirles sobre el crecimiento de la deuda...en todo ello, que en definitiva se traduce en una posición de política económica, según la cual no es conveniente que se produzca un crecimiento incontrolado de los créditos, sumando o adicionando intereses al capital. Una decisión que el legislador no ha querido cambiar hasta el presente, si bien es cierto que la práctica la ha querido y la ha podido ignorar». En este sentido, también MUÑOZ DE DIOS defiende que el 317.1 CCom prohíbe el pacto *a priori* por su inmediato precedente en el artículo 7 de la Ley de 1856, que solo admitía el pacto *a posteriori*; porque en el orden gramatical el legislador emplea un «enérgico futuro de imperativo con el que quiere proclamar que ni hay A. [anatocismo] legal ni cabrá que haya»; y porque el «sin embargo» utilizado en el precepto parece que muestra una relación adversativa entre los incisos del 317 CCom¹⁰¹.

En cuanto al contenido del pacto, el artículo 317 CCom parece limitar la autonomía de la voluntad de las partes a la decisión de si capitalizar los intereses (remuneratorios) líquidos y no satisfechos, es decir, optar disyuntivamente por el anatocismo como forma de cálculo del interés moratorio. Los antecedentes legales conducen a esta lectura y permiten entender que el legislador habría establecido el anatocismo como única forma de cálculo del interés moratorio de los intereses remuneratorios. En el mismo sentido parece pronunciarse la STS 1299/2006, Civil, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2006:7953). Coincido con esta lectura, por lo que, a mi juicio, el 317 CCom representa un ejemplo de anatocismo con el significado de interés compuesto, dada su mención a la capitalización (y, lógicamente, también representa la acepción de anatocismo como hecho).

De la letra del precepto se entiende que el interés que se capitalizará es el remuneratorio, cumpliendo una doble función, por tanto. No obstante, al admitir el pacto entre las partes, nada parece impedir que abarque un tipo de interés (*quantum*) distinto al remuneratorio o, incluso, que el devengo de los intereses moratorios se haga por la vía simple, aunque quizá habría que recurrir subsidiariamente a la regulación civil para fundamentarlo. Con todo, como sucedía con el artículo 1109 CC, la libertad de pacto no es ilimitada, pues la cláusula de cuantificación del interés moratorio podrá ser declarada abusiva, con la consecuencia de nulidad, conforme a la legislación de consumidores (arts. 82 y 83 TRLGDCU).

⁹⁸ Sin perjuicio de la discusión doctrinal que recojo en el cuerpo del texto sobre si el pacto debe ser *a priori* o *a posteriori*, me remito a lo que desarrollé respecto de la Ley de 14 de marzo de 1856 en la NP 40.

⁹⁹ RUIZ-RICO RUIZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. 2, p. 913. En el mismo sentido favorable, MEDINA ALCOZ, «Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference», *InDret*, 2011, p. 35.

¹⁰⁰ MONTÉS PENADÉS, en *Estudios de derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, t. 2, p. 1893.

¹⁰¹ MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, «Sobre el anatocismo», *RJN*, 16, 1995, pp. 363 ss.

El 319 CCom, a modo de cierre de este desarrollo del interés moratorio mercantil, dispone lo siguiente: «Interpuesta una demanda, no podrá hacerse la acumulación de interés al capital para exigir mayores réditos». Su lectura literal parece dar a entender que el legislador pretendió fijar un máximo (en un momento procesal concreto) para que los intereses devengaran otros intereses¹⁰². Sin embargo, la complementariedad con el artículo 317 CCom también se puede entender en otro sentido: desde la perspectiva de que, aunque las partes puedan pactar la acumulación de intereses, la interposición de la demanda constituye el límite máximo para realizar dicho acuerdo¹⁰³. Considero más adecuada esta última lectura ya que, en efecto, la acumulación de interés al capital debe hacerse mediante pacto (art. 317 CCom), pues se rechaza el devengo *ope legis*. El artículo 319 CCom vendría así a acotar temporalmente la libertad de las partes en las operaciones de préstamo que abarca.

En definitiva, el sistema mercantil del interés moratorio del interés remuneratorio es bastante diferente al civil, sin perjuicio de contar con algunos puntos comunes. El sustrato, en realidad, es el opuesto, pues la particularidad o especialidad mercantil exige que la autonomía de la voluntad de las partes juegue un papel principal. En el Código Civil, en cambio, pese a reconocerse cierto margen para el pacto, el artículo 1109 establece un interés legal con función moratoria.

Respecto a la cuantificación del interés moratorio, en ambos casos resulta aplicable la regulación de consumidores. No obstante, ante su insuficiencia para la mayor parte de casos civiles, considero que es extrapolable la jurisprudencia de los límites de la autonomía de la voluntad aplicada a los pactos de penas convencionales excesivas.

El anatocismo también está presente en ambos sistemas, si bien solo como hecho. Como forma de cálculo, está bastante limitada en el Código Civil ya que su artículo 1109 fija el *dies a quo* del devengo de interés moratorio –la interposición de la demanda– como límite de derecho necesario. En el ámbito mercantil, en cambio, parece que la forma legalmente prevista para calcular los intereses moratorios es la anatocística, una vez se ha pactado el devengo de intereses (art. 317 CCom). Ahora bien, el artículo 319 CCom marca un importante límite a la autonomía de la voluntad, pues de su lectura parece entenderse que el legislador pretendió fijar en la interposición de la demanda el máximo para poder pactar aquella forma de devengo de intereses moratorios.

5. Conclusiones

¹⁰² Vid. MEDINA ALCOZ, «Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference», *InDret*, 2011, pp. 34 ss., para las distintas opiniones de la doctrina en este sentido.

¹⁰³ MONTÉS PENADÉS, en *Estudios de derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, t. 2, p. 1898, considera que «el texto del art. 319 CCom parece conducir a la solución de que cualquier demanda (de reclamación, en que se solicite condena al pago) impide la capitalización: “una demanda”, dice el precepto. En todo caso, la capitalización ya efectuada no queda afectada por esta demanda». RUIZ-RICO RUIZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. 2, p. 914, señala que el 319 CCom «pretende aclarar que, a partir del momento en que se produzca la susodicha demanda, no será posible el pacto de acumulación» quizá por un «temor del legislador hacia aquellos prestamistas que podrían intentar conseguir [...] una doble rentabilidad de los intereses ya vencidos por la vía de la mora [...] y por la del pacto, simultáneamente». Para MÚRTULA LAFUENTE, *La prestación de intereses*, p. 473, el acreedor puede seguir dos vías: reclamar por el 1109 CC o pactar la capitalización de los intereses vencidos y no satisfechos: «Si el acreedor optara por la primera vía, parece evidente que no podrá acumular el interés al capital para exigir mayores réditos (art. 319 C.co.), pues resulta contradictorio que el acreedor pueda reclamar por un lado el pago de los intereses y pactar por otro los intereses anatocísticos».

La equivocidad del interés del interés y el anatocismo afecta a la aplicación de la regulación civil y mercantil. Jurídica y económicamente sus significados no coinciden. El primero se refiere al hecho de que un interés –por lo general, remuneratorio– pueda devengar otro interés–moratorio–. El segundo, por el contrario, se utiliza para concretar la forma compuesta de cálculo de devengo de un interés –moratorio, ordinariamente–. En los Códigos de Comercio y Civil la regulación también es distinta, pues mientras que el artículo 317.2 CCom se refiere a la «capitalización» y se acepta que establece la concreta forma compleja de cuantificación del interés moratorio, el artículo 1109 CC solo reconoce el fenómeno del devengo de intereses de intereses, sin perjuicio de la posibilidad (limitada) de pacto. Dado que el término anatocismo es ajeno a nuestro ordenamiento, considero que, si se utiliza, conviene entenderlo en su acepción económica, al igual que la capitalización –que no deja de ser su sinónimo–. Así lo hace el Código de Comercio, frente al Código Civil, que solo refiere el mero hecho de que un interés (con función remuneratoria) pueda devengar otro interés (con función moratoria), sin que aporte información relevante a las partes para interpretar distintas cuestiones como la forma de calcularlo.

La doctrina y la jurisprudencia, en ocasiones, han obviado los antecedentes históricos para tratar de dar coherencia a los textos legales en los que encuentran lagunas y contradicciones. Sin embargo, como hemos tenido ocasión de comprobar, es posible ofrecer una visión homogénea del interés. Con la Codificación en España, se destierra el recelo hacia el fruto del dinero y se comienza a reconocer su productividad como característica natural. Sin embargo, lógicamente quedan algunas huellas de la legislación anterior que, considero, son especialmente patentes en el interés moratorio.

En el terreno civil, el legislador define el préstamo como naturalmente gratuito, pero por pacto expreso admite el interés remuneratorio. En cuanto al interés moratorio, debe entenderse que los artículos 1108 y 1109 CC representan un desdoblamiento según el concepto de que se trate: deudas pecuniarias, en general, o de interés remuneratorio, respectivamente. La particularidad de las segundas reside en que el Código reconoce un interés del interés –el interés moratorio del interés remuneratorio–, cuantificándolo en el interés legal. Por lo general, se acepta que las partes cuentan con libertad de pacto, pero el 1109 CC prevé dos importantes límites. En primer lugar, de acuerdo con el tenor literal del precepto, un término inicial para exigir el interés moratorio: la reclamación judicial, como expresión del principio *favor debitoris*. En segundo lugar, la cuantía pactada del interés –distinta al tipo legal– no podrá tasarse en cualquier medida, por aplicación de la regulación de consumidores y, especialmente, de los límites generales a la autonomía de la voluntad.

Por su parte, el régimen mercantil también bifurca el interés moratorio. Respecto a las deudas pecuniarias, en general, se prevé un devengo automático de interés desde el día siguiente a su vencimiento. En lo concerniente a los intereses remuneratorios, sin embargo, la norma general es la exclusión del devengo de intereses moratorios, pero se admite por pacto entre las partes. Nuevamente, la interposición de demanda constituye un límite temporal pero no respecto al inicio del devengo del interés moratorio, como sucedía con el 1109 CC, sino de su causa, es decir, el pacto que lo prevé.

Pese a los evidentes puntos comunes de ambas regulaciones, encontramos importantes diferencias, fruto de la idiosincrasia de cada una. El problema está en partir del particular sistema mercantil –que persigue la generación de negocio– para interpretar cualquier préstamo de

dinero. La realidad, sin embargo, es que el régimen general de ese contrato es el civil, por lo que conviene mantener (o recuperar) su aplicación en la práctica jurídica, por la particular protección que puede dispensar al deudor que, además, se ha visto reforzada en los últimos años por el sentido de buena parte de la regulación de la Unión Europea.

6. Bibliografía

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, «Comentario artículos 1108 y 1109 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (coord.), *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, 2006, pp. 1294 ss.

ARISTÓTELES, *Política*, Editorial Gredos S.A., 1988.

CHULIÁ, Vicente, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. 2, Bosch, 1990.

CLAVERO, Bartolomé, *Usura. Del uso económico de la religión en la historia*, Tecnos, 1984.

CLAVERO, Bartolomé, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Giuffrè Editore, 1991.

CORBAL FERNÁNDEZ, Jesús Eugenio, «Las deudas pecuniarias: los intereses moratorios», *Cuadernos de derecho judicial*, 8, 1996, pp. 359 ss.

DIÉGUEZ OLIVA, Rocío, «Capítulo II. Del simple préstamo», en CAÑIZARES LASO, ANA (coord.), *Comentarios al Código civil*, t. 5, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 7789 ss.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, «Comentario artículo 1108 CC» en CAÑIZARES LASO, ANA (coord.), *Comentarios al Código civil*, t. 3, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 5088-5092.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, «Comentario artículo 1109 CC» en CAÑIZARES LASO, ANA (coord.), *Comentarios al Código civil*, t. 3, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 5093-5095.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, «Comentario artículo 1108 CC», en PAZ ARES, CÁNDIDO/DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, LUIS/SALVADOR CODERCH, PABLO (eds.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 62 ss.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v. 2, Thomson Civitas, 2008.

D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, 8ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, 1991.

DORAL, José Antonio/MARINA MARTÍNEZ-PARDO, Jesús, «Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses», *Anuario de Derecho civil*, 33, 1980, pp. 523 ss.

FELIÚ REY, Manuel Ignacio, *La prohibición del pacto comisorio y la opción de garantía*, Civitas, 1995.

FIGA FAURA, Luis, «Colisión intraestatal de ordenamientos: derecho civil y derecho mercantil: normas de conflicto», *Anuario de Derecho civil*, 34, 1981, pp. 41 ss.

FIGA FAURA, Luis, «Invasión del ámbito civil por las normas mercantiles», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 28, 1988, pp. 173 ss.

GARCÍA AMIGO, Manuel, «Comentario artículo 1109 CC», en PAZ ARES, CÁNDIDO/DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, LUIS/SALVADOR CODERCH, PABLO (eds.), *Comentario del Código civil*, t. 2, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 64 ss.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, *Cuerpo del Derecho civil romano*, t. 3, Jaime Molinas, 1889.

GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. 4, Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852.

GÓMEZ POMAR, Fernando/CANUDAS PERARNAU, Sheila, «Las consecuencias jurídicas de la naturaleza singular de los contratos de crédito», *InDret*, 4, 2025, pp. 58 ss.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Comentario artículo 85», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (coord.), *Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª ed., Aranzadi, 2015.

GÓMEZ ROJO, María Encarnación, *Historia jurídica del anatocismo*, Málaga, 2003.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español. Tratado de las obligaciones*, t. 5, Librería de Sánchez, 1871.

HERRERA BRAVO, Ramón/SALAZAR REVUELTA, María, «La doctrina de la usura en la tradición romano-canónica europea», v. 1, en MURILLO VILLAR, ALFONSO (coord.), *Estudios de Derecho romano en memoria de Benito M.ª Reimundo Yanes*, Universidad de Burgos, pp. 451 ss.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, «La resarcibilidad del mayor daño sufrido por el acreedor pecuniario a causa de la mora del deudor», *Anuario de Derecho civil*, 63, 2010, pp. 753 ss.

KASER, Max/KNÜTEL, Rolf/LOHSSE, Sebastian, *Derecho privado Romano*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, «La deuda de intereses», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 35, 1994, pp. 115 ss.

LLAMAS POMBO, Eugenio, «Comentario artículos 1108 y 1109 CC», en DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, 2010, pp. 1224 ss.

MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código civil español*, v. 8, Imprenta de la Revista de legislación, 1901.

MARTÍNEZ SANCHIZ, José Antonio, «El “favor debitoris” y el beneficio de competencia», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 56, 2016, pp. 847 ss.

MARTÍNEZ SANCHIZ, José Antonio, «El favor debitoris y la Propuesta de modernización del Código civil de 2023», en RODRÍGUEZ-ROSADO, BRUNO (coord.), *El Derecho de obligaciones y contratos y su modernización. La Propuesta de 2023*, Atelier, 2025, pp. 101 ss.

MEDINA ALCOZ, María, «Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference», *InDret*, 2011, pp. 1 ss.

MONTÉS PENADÉS, Vicente, «Observaciones sobre la capitalización de intereses en los préstamos mercantiles», en POLO DÍEZ, ANTONIO (coord.), *Estudios de derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, t. 2, La Ley, 1994, pp. 1865 ss.

MOMMSEN, Friedrich, *Zur Lehre vom Interesse*, Braunschweig, 1855.

MUCIUS SCAEVOLA, Quintus, *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo á la edición oficial*, v. 19, Talleres de la Legislación española, 1902.

MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, Luis, «Sobre el anatocismo», *Revista Jurídica del Notariado*, 16, 1995, pp. 343 ss.

MURILLO VILLAR, Alfonso, «Anatocismo: historia de una prohibición», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 69, 1999, pp. 497 ss.

MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, *La prestación de intereses*, McGraw Hill, 1999.

MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, «La usura: un viejo problema, una nueva perspectiva en tiempos de crisis», *Revista de Derecho Privado*, 94, 2010, pp. 3 ss.

ORDÁS ALONSO, Marta, *El interés de demora*, Aranzadi, 2004.

RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Marcial Pons, 1998.

RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno, «Comentario artículo 1154 CC», en CAÑIZARES LASO, ANA (coord.), *Comentarios al Código civil*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 5318 ss.

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, «Comentario artículos 1108 y 1109 CC», en ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL/DÍAZ ALABART, SILVIA (ed.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. 2, Editoriales de Derecho Reunidas, 1989, pp. 753 ss.

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, «Cien años (y algo más) de jurisprudencia sobre intereses moratorios», en *Centenario del Código Civil*, v. 2, Editorial Universitaria Ramón Areces, 1990, pp. 1893 ss.

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, v. 4, Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeveyra», 1899.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, «§14. Prestación de intereses», en *Derecho de Obligaciones. Parte General: delito y cuasidelito*, v. 2, 2ª ed., Librería Bosch, 1985, pp. 153 ss.

VEIGA COPO, Abel, «Comentario artículos 1108 y 1109 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (dir.), *Comentarios al Código civil*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 8129 ss.

ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996.

ZUMAQUERO GIL, LAURA, «Comentario artículo 85», en CAÑIZARES LASO, ANA (dir.)/ZUMAQUERO GIL, LAURA (coord.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1227 ss.

7. Sentencias

STS 588/1945, Civil, de 25 de mayo (ECLI:ES:TS:1945:160).

STS 94/1960, Civil, de 13 de febrero (ECLI:ES:TS:1960:1855)

STS 987/1994, Civil, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:1994:19223)

STS 1226/1997, Civil, de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:1997:8048)

STS 439/1998, Civil, de 7 de mayo (ECLI:ES:TS:1998:2925)

STS 177/1999, Civil, de 27 de febrero (ECLI:ES:TS:1999:1348)

STS 886/1999, Civil, de 30 de octubre (ECLI:ES:TS:1999:6842)

STS 1152/1999, Civil, de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:1999:8566)

STS 869/2001, Civil, de 2 de octubre (ECLI:ES:TS:2001:7453)

STS 422/2002, Civil, de 7 de mayo (ECLI:ES:TS:2002:3217)

STS 1299/2006, Civil, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2006:7953)

STS 631/2008, Civil, de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2008:3598)

STS 430/2009, Civil, de 4 de junio (ECLI:ES:TS:2009:3875)

STS 770/2015, Civil (Pleno), de 12 de enero (ECLI:ES:TS:2015:462)

STS 530/2016, Civil, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TS:2016:4044)

STS 103/2021, Civil, de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:632)

STS 485/2021, Civil, de 5 de julio (ECLI:ES:TS:2021:2702)

STS 703/2021, Civil, de 18 de octubre (ECLI:ES:2021:3877)

STS 704/2021, Civil, de 18 de octubre (ECLI:ES:2021:3766)

STS 804/2021, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4224)

STS 853/2021, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4557)

STS 317/2022, de 20 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1552)

STS 4/2023, Civil, de 10 de enero (ECLI:ES:TS:2023:31)

Ana María Aido Vázquez
Universidad de Vigo

La definición del mercado relevante en la economía de plataformas: a propósito del caso *Facebook Marketplace*

Sumario

La delimitación del mercado relevante constituye un paso esencial para la aplicación del Derecho de defensa de la competencia, al servir de base para evaluar el poder de mercado de las empresas. No obstante, se trata de una tarea especialmente compleja en presencia de plataformas digitales, caracterizadas por su naturaleza multilateral, la existencia de efectos de red, la gratuidad de algunos servicios y la importancia de los datos. Estas particularidades cuestionan la idoneidad de las técnicas tradicionales de definición del mercado y han llevado a las autoridades de competencia a adaptar sus herramientas de análisis.

En este contexto, el presente trabajo analiza la Decisión de la Comisión Europea en el caso Facebook Marketplace (2024), un asunto clave para la aplicación del artículo 102 TFUE a las plataformas en línea. Dicha resolución ofrece importantes aportaciones en materia de delimitación del mercado y análisis del poder de mercado, ajustando los criterios clásicos a las dinámicas propias de los entornos digitales.

Tras un breve resumen de los hechos del caso y las conclusiones alcanzadas por la Comisión, el trabajo examina en detalle los mercados relevantes definidos y la metodología empleada, valorando su coherencia con la Comunicación sobre la definición de mercado de 2024 y la práctica decisoria previa. Asimismo, se destacan las nuevas orientaciones que esta Decisión aporta para el ejercicio de definición de los mercados y el cálculo de las cuotas de mercado en el ámbito de las plataformas digitales.

Abstract

The definition of the relevant market is an essential step in the application of competition law, as it provides the basis for assessing firms' market power. However, this task is particularly complex in the context of digital platforms, which are characterized by their multilateral nature, the presence of network effects, the provision of free services, and the importance of data. These specific features challenge the adequacy of traditional market definition techniques and have led competition authorities to adapt their analytical tools.

In this context, the present paper examines the European Commission's Decision in the Facebook Marketplace case (2024), a key development in the application of Article 102 TFEU to online platforms. This decision makes significant contributions in the areas of market definition and market power assessment, adjusting classical criteria to the dynamics of digital environments.

After a brief summary of the facts and the Commission's conclusions, the paper analyses in detail the relevant markets defined and the methodology employed, assessing their consistency with the 2024 Market Definition Notice and previous decisional practice. It also highlights the new guidance that this Decision provides for the exercise of market definition and the calculation of market shares in the context of digital platforms.

Title: Market Definition in the Platform Economy: The Facebook Marketplace Case

-

Palabras clave: Derecho de la competencia, mercado relevante, posición dominante, mercados digitales, plataformas multilaterales, redes sociales, publicidad, test SSNIP/SSNDQ, cuotas de mercado (DAU/MAU).

Keywords: *Competition law, relevant market, dominant position, digital markets, multi-sided platforms, social networks, advertising, SSNIP/SSNDQ test, market shares (DAU/MAU).*

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i2.02

2.2026

Recepción
05/11/2025

-

Aceptación
23/02/2026

-

Índice

-

1. Relevancia del caso Facebook Marketplace

2. Análisis de los mercados relevantes identificados

2.1. El dilema sobre cuántos mercados deben definirse

2.2. El mercado de los servicios de redes sociales personales, incluidas las plataformas híbridas

a. Dimensión de producto

i) Sustituibilidad de la demanda desde la perspectiva de los usuarios y basada en parámetros no monetarios

ii) Sustituibilidad de la oferta

iii) Plataformas híbridas y su consideración en el mercado relevante

iv) Rechazo de la existencia del mercado de la atención

b. Dimensión geográfica

2.3. El mercado de la publicidad gráfica en línea en plataformas de redes sociales

a. Dimensión de producto

i) Publicidad en línea vs. publicidad fuera de línea

ii) Publicidad gráfica en línea vs. publicidad en las búsquedas en línea

iii) Aplicación de la prueba SSNDQ

iv) Publicidad en redes sociales vs. publicidad fuera de redes sociales

b. Dimensión geográfica

2.4. El mercado de los servicios de anuncios clasificados en línea

a. Dimensión de producto

i) Delimitación de un único mercado bilateral

ii) Anuncios clasificados en línea vs. otros tipos de publicidad

iii) Anuncios clasificados en línea vs. servicios de venta minorista en línea

iv) Anuncios clasificados en línea vs. mercados en línea

b. Dimensión geográfica

3. El cálculo de las cuotas de mercado de Meta

3.1. Dificultades en la medición de las cuotas de mercado en la esfera digital

3.2. El enfoque aplicado en el caso Facebook Marketplace

4. Conclusiones

5. Bibliografía

-

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

1. Relevancia del caso *Facebook Marketplace**

La delimitación del mercado relevante constituye un paso esencial en el análisis de competencia¹, especialmente para determinar la existencia de conductas abusivas² en el sentido del artículo 102 TFUE. Esta herramienta permite establecer los límites de la competencia entre empresas, con el objetivo principal de determinar las presiones competitivas a las que se enfrentan las entidades afectadas e identificar a sus principales competidores. Además, proporciona un marco de referencia indispensable para evaluar el poder de mercado de una empresa y apreciar si su comportamiento puede falsear la competencia³.

En el entorno digital, esta tarea se ha vuelto particularmente compleja⁴. Los mercados digitales⁵ presentan una serie de rasgos –tales como la multilateralidad, la presencia de efectos de red, la

* Ana María Aido Vázquez. Investigadora predoctoral FPU de Derecho Mercantil de la Universidad de Vigo. Dirección de correo electrónico: anamaria.aido@uvigo.gal. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: «El Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial e Intelectual frente a las tecnologías disruptivas y la nueva regulación de los mercados digitales y audiovisuales», 2023-2026; y en el Proyecto de Investigación financiado por la Xunta de Galicia: «Análise dos novos retos que afrontan o Dereito do Traballo e o Dereito Mercantil derivados da concentración dos mercados de bens e servizos e do uso da intelixencia artificial nas relacións laborais e nas actividades económicas», do Grupo de Investigación de Referencia Competitiva DMT (Dereito Mercantil e do Traballo), 2025-2028.

¹ Sobre la relevancia de la delimitación del mercado relevante, *vid.*, por todos, SOUSA FERRO, *Market Definition in EU Competition Law*, 2019, pp. 56-96.

² En el ámbito del ordenamiento jurídico español, resulta ilustrativo mencionar la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 15 de Madrid, de 19 de noviembre de 2025 (ECLI:ES:JM:2025:128). En ella se examina la conducta de Meta desde la perspectiva de la competencia desleal derivada del tratamiento ilícito de datos personales para la publicidad personalizada. El fallo aprecia una infracción del artículo 15.1 de la Ley de Competencia Desleal (LCD), al considerar que Meta obtuvo una ventaja competitiva ilícita al usar datos personales de millones de usuarios sin consentimiento válido. No obstante, rechaza la acción basada en el artículo 15.2 LCD por supuesta infracción del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC). El motivo esencial de esta desestimación radica en la falta de delimitación del mercado relevante, lo que impide acreditar la existencia de una posición de dominio y, en consecuencia, la concurrencia de un abuso. Como señala el fundamento jurídico quinto, «si no está delimitado el mercado de referencia, es imposible aportar pruebas sólidas de abuso de posición de dominio». Aunque esta resolución se dicta en el marco del Derecho de la competencia desleal, su razonamiento pone de relieve la importancia de definir el mercado relevante como requisito insoslayable para la aplicación de las normas sobre abuso de posición dominante (artículos 2 LDC y 102 TFUE).

³ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia, DOUE 1645, de 22 de febrero de 2024, párrs. 6-8. En adelante, la Comunicación.

⁴ A pesar de que el estudio del Reglamento (UE) 2022/1925 de Mercados Digitales no es el objeto de este trabajo, cabe señalar que, debido a los desafíos que plantea la delimitación del mercado relevante en el ámbito digital, la Comisión, al diseñar una regulación destinada a garantizar mercados digitales disputables y equitativos, optó por un enfoque que se aparta de la tradicional definición de mercados. En lugar de identificar mercados relevantes, el RMD limita su ámbito objetivo de aplicación a una lista cerrada de *servicios básicos de plataforma*, lo que implica que se aplica exclusivamente a los servicios incluidos en esta categoría, independientemente de si estos constituyen un mercado relevante desde la perspectiva del Derecho de la competencia. Además, las obligaciones derivadas del RMD afectan únicamente a los prestadores de servicios básicos de plataforma que hayan sido designados como *guardianes de acceso*. Sobre esta cuestión, *vid.* MONTERO PASCUAL, *El Reglamento de Mercados Digitales. La regulación de las grandes plataformas*, 2024, p. 151; ROBERTSON, «Antitrust Market Definition in Times of Change: The New Market Definition Notice 2024», *Concurrences*, e-Competitions Special Issue Market definition núm. 117126, 2024, p. 6; y KNAPSTAD, «Digital dominance: assessing market definition and market power for online platforms under Article 102 TFEU», *European Competition Journal*, vol. 20, núm. 2, 2024, p. 413.

⁵ A efectos del presente trabajo, se considera que los mercados digitales son aquellos en los que los productos y servicios se ofrecen mediante o a través de servicios de la sociedad de la información. Esta definición fue proporcionada por la Comisión en el proceso de revisión de la Comunicación. *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, «Support

gratuidad de ciertos servicios y la especial importancia de los datos–, que los diferencian de los mercados que históricamente han sido objeto del análisis *antitrust*⁶. Dichas particularidades dificultan la aplicación de las técnicas tradicionales para definir el mercado y determinar la posición de dominio⁷.

Consciente de estos retos, la Comisión Europea (en adelante, la Comisión) adoptó el 8 de febrero de 2024 una nueva versión de su *Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*. Esta actualización, la primera desde 1997⁸, responde a la necesidad de adaptar el texto a las especificidades de la economía digital y a la evolución de la práctica decisoria y la jurisprudencia europea⁹.

Uno de los primeros casos en los que se ha aplicado este marco renovado es el asunto *Facebook Marketplace*, resuelto el 14 de noviembre de 2024¹⁰. La Decisión aborda un supuesto de abuso de posición dominante por parte de Meta, convirtiéndose en un referente para la aplicación del artículo 102 TFUE en el contexto de las plataformas digitales.

En cuanto a los hechos del caso, cabe resaltar que Meta es una empresa tecnológica multinacional especializada en servicios y productos relacionados con Internet. Su actividad abarca los servicios de redes sociales personales, las tecnologías de publicidad en línea, las aplicaciones de comunicación digital, los productos de realidad virtual y aumentada, así como funcionalidades de intercambio de fotos y vídeos. Entre sus principales servicios se encuentran Facebook, Facebook Messenger, Instagram y WhatsApp, ofrecidos de forma gratuita, es decir, sin coste monetario a los usuarios. El modelo de negocio de la compañía se basa en la comercialización a terceros de espacios publicitarios y servicios relacionados –como herramientas para diseñar y medir la eficacia de las campañas publicitarias–, que representan la mayor parte de su facturación anual a nivel mundial¹¹.

study accompanying the evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law», 2021, nota al pie 30.

⁶ Sobre la caracterización de los mercados digitales, *vid.*, entre otros, Díez ESTELLA, «La aplicación del Derecho de competencia en la era digital (Casos “Google, Facebook, Apple/Shazaam”, y el informe de la Comisión Europea de abril 2019)», en RECUERDA GIRELA (dir.), *Anuario de Derecho de la competencia 2019*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019, pp. 237-240.

⁷ COMISIÓN EUROPEA, «Support study accompanying the evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law», 2021, p. 31.

⁸ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, Diario Oficial de la Comunidades Europeas 372, de 9 de diciembre de 1997, pp. 5-13.

⁹ Nos permitimos señalar que la revisión de la Comunicación sobre la definición del mercado relevante ha sido objeto de análisis en dos trabajos previos de la autora. El primero examina las novedades introducidas en materia de mercados digitales (*vid.* AIDO VÁZQUEZ, «La delimitación de los mercados digitales: una aproximación a la nueva Comunicación de la Comisión Europea», en TATO PLAZA/COSTAS COMESAÑA/FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/TORRES PÉREZ/LOUREDO CASADO (coords.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial e Intelectual IV*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 27 ss.). El segundo se centra en el proceso de revisión en su conjunto, examinando las distintas etapas del proceso, la documentación generada y las contribuciones de las partes interesadas, con el fin de comprender los propósitos iniciales y los resultados finalmente alcanzados en relación con la digitalización (*vid.* AIDO VÁZQUEZ, «Nuevas orientaciones sobre la definición del mercado relevante en la era digital: un análisis del proceso de revisión de la Comunicación de la Comisión Europea», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, núm. 45, 2025, pp. 35 ss.).

¹⁰ Decisión de la Comisión Europea, de 14 de noviembre de 2024, asunto AT.40684 – *Facebook Marketplace*. Versión no confidencial, publicada el 26 de marzo de 2025, disponible en: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202513/AT_40684_10582539_13405_4.pdf.

¹¹ *Facebook Marketplace*, párrs. 6-7.

Además de la red social Facebook, Meta ofrece un servicio de anuncios clasificados en línea, denominado Facebook Marketplace, que permite a los usuarios comprar y vender bienes. En 2021, la Comisión incoó un procedimiento ante la sospecha de que Meta habría abusado de su posición dominante en determinados mercados mediante la vinculación de dicho servicio a su red social Facebook.

Tras varios años de investigación, la Comisión concluyó que Meta ostentaba una posición dominante en el mercado de las redes sociales personales en el Espacio Económico Europeo (EEE), así como en los mercados nacionales de publicidad gráfica en línea en redes sociales. Sobre esta base, identificó dos conductas constitutivas de abuso: i) la vinculación de su servicio de anuncios clasificados en línea a su red social¹², y ii) la imposición unilateral de condiciones comerciales desleales a otros proveedores de servicios de anuncios clasificados en línea¹³.

En relación con la primera conducta, la Comisión constató que Meta vinculaba automáticamente Facebook Marketplace al perfil de cada usuario de Facebook, de modo que todos quedaban expuestos al servicio, independientemente de su interés en él. Esta práctica otorgaba a Facebook Marketplace una ventaja sustancial de distribución, es decir, una posición privilegiada para llegar a los usuarios sin necesidad de esfuerzos adicionales de captación, lo que le confería una visibilidad superior a la de sus competidores. Según la Comisión, esta ventaja generaba un riesgo de exclusión de los rivales y, por ello, la práctica fue calificada como un abuso de exclusión en el sentido del artículo 102, letra d), TFUE.

Respecto a la segunda conducta, la Comisión apreció que Meta imponía unilateralmente condiciones comerciales desleales a otros proveedores de servicios de anuncios clasificados en línea que se publicitaban en sus plataformas, en particular en Facebook e Instagram. Esto permitía a Meta utilizar en beneficio exclusivo de Facebook Marketplace los datos generados por dichos anunciantes. Esta conducta se tipificó como un abuso de explotación, conforme al artículo 102, letra a), TFUE.

Como consecuencia de estas conductas abusivas, la Comisión impuso a Meta una multa de 797,72 millones de euros y le ordenó cesar las conductas infractoras, así como abstenerse de repetirlas o de adoptar en el futuro prácticas de objeto o efecto equivalente.

Si bien un análisis exhaustivo de esta Decisión excede el objeto del presente trabajo, puede afirmarse que el caso constituye un hito en la aplicación del artículo 102 TFUE a las plataformas digitales¹⁴. La resolución no solo adapta las teorías tradicionales del daño a la economía digital,

¹² Facebook Marketplace, sección 7.2.

¹³ Facebook Marketplace, sección 7.3.

¹⁴ Como señala Díez ESTELLA, este caso es uno de los ejemplos más ilustrativos de las conductas abusivas que pueden darse en los nuevos ecosistemas digitales de plataformas. Vid. Díez ESTELLA, «Prácticas anticompetitivas en los ecosistemas digitales de plataforma: del art. 102 TFUE a la DMA», en OLMEDO PERALTA/BENAVIDES VELASCO (dirs.), *Ecosistemas digitales e industrias de red. Propuestas jurídicas para abrir mercados a la competencia*, Atelier, Barcelona, 2025, p. 61; Díez ESTELLA, «Nuevas modalidades de abuso de dominio en los ecosistemas digitales de plataforma: análisis de jurisprudencia reciente», en RECUERDA GIRELA (dir.), *Anuario de Derecho de la competencia* 2025, Civitas, Madrid, 2025, p. 191.

sino que también ofrece aportaciones significativas en materia de delimitación del mercado relevante¹⁵ y evaluación del poder de mercado.

Así pues, el presente trabajo toma como punto de partida dicha Decisión para analizar el razonamiento seguido por la Comisión en dos aspectos concretos: la definición de los mercados de referencia y el cálculo de las cuotas de Meta en el mercado de las redes sociales personales. A través de este análisis, se pretende poner de relieve los retos que plantea el ejercicio de identificación de los mercados relevantes y la determinación de las cuotas de mercado en entornos digitales. Asimismo, se valora si la resolución se adecúa a las orientaciones de la nueva Comunicación sobre la definición del mercado y a la práctica decisoria previa o si, por el contrario, introduce enfoques distintos. El estudio se complementa, además, con algunas referencias al litigio *antitrust* seguido contra Meta en Estados Unidos¹⁶, cuya evolución reciente ilustra las dificultades que suscita la definición del mercado relevante cuando las plataformas digitales combinan funcionalidades y compiten por la atención de los usuarios. En última instancia, el análisis pretende contribuir al debate sobre la adecuación de las herramientas tradicionales del Derecho de la competencia para captar las dinámicas competitivas propias de la economía digital.

2. Análisis de los mercados relevantes identificados

2.1. El dilema sobre cuántos mercados deben definirse

En su Decisión contra Meta, la Comisión delimita tres mercados de referencia. La cuestión de cuántos mercados deben delimitarse dista de ser trivial, pues constituye uno de los dilemas más complejos en el análisis de las plataformas digitales¹⁷. Esta dificultad se explica por la naturaleza multilateral¹⁸ de dichos entornos, donde interactúan distintos grupos de usuarios y servicios, y por la presencia de efectos de red que interconectan las distintas caras de la plataforma¹⁹.

En la doctrina, este debate se ha articulado en torno a dos posibilidades: i) el enfoque de mercado único (*single market approach*), que considera a la plataforma en su conjunto como un solo mercado, y ii) el enfoque de múltiples mercados (*multi-market approach*), que entiende que cada

¹⁵ En este sentido, *vid.* MANDRESCU, «Facebook Marketplace: A Textbook Landmark Case For the Enforcement of EU Competition Law in the Digital Economy», *Kluwer Competition Law Blog*, disponible en: <https://legalblogs.wolterskluwer.com/competition-blog/facebook-marketplace-a-textbook-landmark-case-for-the-enforcement-of-eu-competition-law-in-the-digital-economy/>, 2025; Díez ESTELLA, *Ecosistemas digitales e industrias de red. Propuestas jurídicas para abrir mercados a la competencia*, 2025, pp. 62-63; Díez ESTELLA, *Anuario de Derecho de la competencia* 2025, p. 192.

¹⁶ *Federal Trade Commission v. Meta Platforms, Inc.*, núm. 20-cv-3590 (DDC). La evolución de este caso puede consultarse en: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/191-0134-facebook-inc-ftc-v-ftc-v-meta-platforms-inc>.

¹⁷ EBEN/ROBERTSON, «Digital Market Definition in the EU, USA, and Brazil: Past, Present, and Future», *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 18, núm. 2, 2021, p. 435.

¹⁸ El concepto de mercados de dos o múltiples lados (*two-sided* o *multi-sided markets*) parece haber sido introducida por ROCHET/TIOLE, «Platform Competition in Two-Sided Markets», *Journal of the European Economic Association*, vol. 1, núm. 4, 2003, pp. 990 ss.

¹⁹ Para un estudio en profundidad de los mercados de plataformas, *vid.*, entre otros, EVANS, «The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets», *Yale Journal on Regulation*, vol. 20, núm. 2, 2003, pp. 325 ss.; FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME, «Identifying Two-Sided Markets», *TILEC Discussion Paper*, núm. 2012-008, 2012, pp. 1 ss.

lado de la plataforma debe analizarse como un mercado separado²⁰. Tras años de discusión, esta distinción ha sido incluida en la nueva Comunicación sobre la definición del mercado²¹, lo que refleja su importancia en la economía digital.

Ahora bien, el problema es más complejo. No se trata únicamente de decidir si la plataforma en su conjunto constituye un único mercado o si cada lado debe analizarse por separado, sino también de determinar si los distintos servicios ofrecidos por la misma plataforma –muchos de ellos de naturaleza bilateral o multilateral– pertenecen a mercados separados o forman parte de un único mercado²². Esta cuestión, que suele abordarse en el análisis sustantivo de ciertos abusos de posición dominante, como la venta atada, resulta ineludible ya en la fase de definición del mercado cuando se trata de plataformas multilaterales con múltiples servicios, como demuestra la Decisión sobre Facebook Marketplace²³. En particular, en este caso, la Comisión considera que los servicios ofrecidos por Meta pertenecen a mercados relevantes distintos. Así, delimita tres mercados: i) el de servicios de redes sociales personales, ii) el de servicios de publicidad gráfica en línea, y iii) el de servicios de publicidad clasificada en línea²⁴.

Respecto a los servicios de redes sociales, la Comisión ya había analizado dichos servicios en casos previos, particularmente en el ámbito del control de concentraciones. En *Facebook/WhatsApp*, indicó que, aunque no existe una definición única y consolidada, los servicios de redes sociales pueden describirse como aquellos que permiten a los usuarios conectarse, compartir, comunicarse y expresarse en línea o a través de aplicaciones móviles. La mayoría se ofrecen gratuitamente a los usuarios, pudiendo ser monetizados mediante otros medios, como la publicidad o cargos por servicios *premium*²⁵.

Posteriormente, en *Microsoft/LinkedIn*, la Comisión fue un paso más allá y reconoció expresamente que los servicios de redes sociales son plataformas de múltiples lados. En particular, identificó dos lados: i) el lado B2C, correspondiente a los servicios prestados a consumidores, que permiten que estos conecten, compartan, descubran y se comuniquen entre sí a través de distintos dispositivos (móviles y ordenadores) y medios (chats, publicaciones, vídeos, recomendaciones, etc.); y ii) el lado B2B, consistente en los servicios prestados a empresas, tales como la publicidad en línea y los servicios de reclutamiento (en el caso de LinkedIn)²⁶.

²⁰ Vid., por todos, MANDRESCU, «The application of (EU) competition law to online platforms: reflections on the definition of the relevant market(s)», *World Competition*, vol. 41, núm. 3, 2018, pp. 470-482; MANDRESCU, «The Commission Notice on the Definition of the Relevant Market and Multi-sided Digital Platforms: Small but Important Steps Forward», *European Competition Law Review*, vol. 44, núm. 8, 2024, p. 361; OCDE, «Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms», OECD Publishing, 2018, pp. 57-59. Para una perspectiva que defiende la aplicación del enfoque de múltiples mercados en todos los casos, vid. FRANCK/PEITZ, «Market Definition in the Platform Economy», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 23, 2021, pp. 103-107.

²¹ Comunicación, párrs. 94-95. Esta cuestión se aborda en AÍDO VÁZQUEZ, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, núm. 45, 2025, pp. 41-43.

²² La nueva Comunicación, párr. 104, aborda de forma sucinta la delimitación del mercado en presencia de ecosistemas digitales. Sobre esta cuestión, vid. AÍDO VÁZQUEZ, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, núm. 45, 2025, pp. 48-51.

²³ MANDRESCU, *Kluwer Competition Law Blog*, 2025.

²⁴ *Facebook Marketplace*, párr. 114.

²⁵ Decisión de la Comisión Europea, de 3 de octubre de 2014, asunto M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, párrs. 45-47.

²⁶ Decisión de la Comisión Europea, de 6 de diciembre de 2016, asunto M.8124 – *Microsoft/LinkedIn*, párr. 87 y total al pie 76.

Este razonamiento se refleja también en *Facebook Marketplace*, donde se reitera que las redes sociales personales operan como plataformas multilaterales. Por un lado, los usuarios privados emplean la plataforma para mantener relaciones con personas conocidas. Por otro, los anunciantes la utilizan como soporte publicitario, generando la monetización del servicio. De este modo, la dinámica competitiva queda marcada por los efectos de red indirectos, pues cuanto mayor es la base de usuarios y el volumen de datos disponibles, más atractiva resulta la plataforma para los anunciantes²⁷.

En consecuencia, en todos los asuntos relacionados con servicios de redes sociales, la Comisión ha optado por un enfoque de múltiples mercados (*multi-market approach*), definiendo un mercado relevante para cada lado de la plataforma. Esto puede sistematizarse en la siguiente tabla:

Tabla 1. Lados y mercados relevantes en servicios de redes sociales.

Caso	Lado de la plataforma	Mercado relevante definido
<i>Facebook/WhatsApp</i>	(i) Usuarios	Servicios de redes sociales
	(ii) Anunciantes	Servicios de publicidad en línea
<i>Microsoft/LinkedIn</i>	(i) Usuarios	Servicios de redes sociales profesionales
	(ii) Anunciantes	Servicios de publicidad en línea
	(iii) Empresas que reclutan	Servicios de contratación en línea
<i>Facebook Marketplace</i>	(i) Usuarios	Servicios de redes sociales personales
	(ii) Anunciantes	Servicios de publicidad gráfica en línea

Fuente: Elaboración propia.

Un aspecto reseñable es que, en *Microsoft/LinkedIn*, la Comisión no solo aplicó el enfoque de múltiples mercados respecto de los distintos lados de la plataforma de servicios de red social, sino que también recurrió al enfoque de mercado único en relación con los servicios de contratación en línea. En este sentido, consideró que los demandantes de empleo y las empresas que buscan cubrir vacantes forman parte de un mismo mercado relevante, ya que ambos grupos interactúan a través de un servicio bilateral²⁸. De hecho, este asunto se cita en la nueva Comunicación sobre la definición del mercado como ejemplo de la posibilidad de definir un único mercado de referencia que abarque los distintos grupos de usuarios de un servicio de plataforma²⁹. No obstante, resulta llamativo que en la propia resolución *Microsoft/LinkedIn* no se califique expresamente este mercado como bilateral ni se ofrezca una justificación sobre la decisión de integrar a ambos lados en un único mercado³⁰.

De forma similar, en el caso *Facebook Marketplace*, la Comisión volvió a recurrir al enfoque de mercado único (*single market approach*) al delimitar el mercado de los servicios de anuncios

²⁷ *Facebook Marketplace*, párrs. 112-113.

²⁸ *Microsoft/LinkedIn*, sección 3.7.

²⁹ Comunicación, párr. 95 y nota al pie 129.

³⁰ *Vid. Microsoft/LinkedIn*, párrs. 134-147. Nótese que en ninguno de estos pasajes la Comisión califica el mercado relevante de los servicios de contratación en línea como *bilateral* ni expone las razones por las que incluye en un único mercado las demandas de ambos grupos de usuarios (candidatos y reclutadores). La Comisión se limita a examinar la sustituibilidad desde la perspectiva de cada grupo en el marco de la delimitación del mercado de producto, lo que induce a entender que ambos lados se consideran comprendidos en el mismo mercado de referencia, a pesar de que ello no se justifique expresamente.

clasificados en línea (OCAS³¹). Pero, a diferencia de LinkedIn, donde los servicios de contratación *online* representan un lado adicional de la red social profesional, Facebook Marketplace fue considerado un servicio independiente dentro del ecosistema de Meta.

En concreto, la Comisión reconoce que Facebook Marketplace es una plataforma horizontal o generalista, en la que se venden diversas categorías de productos. Funciona como un espacio de intermediación entre dos tipos de usuarios: i) los vendedores, particulares o profesionales, que ofrecen bienes (a menudo de segunda mano), y ii) los compradores, que buscan adquirir dichos productos³². De este modo, la Comisión entiende que ambos lados conforman un único mercado relevante. Y, con ello, refuerza la idea de que, en determinados supuestos, la definición de un solo mercado bilateral resulta más adecuada que la segmentación por lados, en particular cuando el valor competitivo del servicio deriva precisamente de la interacción entre ambos grupos de usuarios.

Sin embargo, cabe señalar que la Comisión no ofrece una explicación específica de las razones por las que adopta este enfoque en el caso de Facebook Marketplace ni justifica su elección frente a una posible delimitación de múltiples mercados. Esta ausencia de motivación dificulta la comprensión de los criterios que guiaron la decisión de la autoridad europea y podría generar cierta incertidumbre en futuros casos que involucren plataformas en línea³³.

Finalmente, tanto *Microsoft/LinkedIn* como *Facebook Marketplace* establecen un precedente importante, pues dejan claro que los enfoques de mercado único y de múltiples mercados no son excluyentes, sino que pueden aplicarse de manera complementaria en un mismo asunto, según la naturaleza y dinámica competitiva de cada servicio ofrecido por la empresa.

En conclusión, en el caso *Facebook Marketplace*, la Comisión definió tres mercados relevantes: i) los servicios de redes sociales personales³⁴, ii) los servicios de publicidad gráfica en línea³⁵ y iii) los servicios de OCAS³⁶. Estos constituyen el objeto central de este trabajo y se sintetizan en la siguiente tabla. En los apartados que siguen se abordará con mayor detalle la delimitación de cada uno de estos mercados.

Tabla 2. Mercados relevantes definidos en el caso Facebook Marketplace.

Servicio de plataforma	Lados de la plataforma	Mercado relevante definido
Red social	(i) Usuarios	Servicios de redes sociales personales
	(ii) Anunciantes	Servicios de publicidad gráfica en línea
	(i) Vendedores	Servicios de anuncios clasificados en línea (OCAS)

³¹ Por sus siglas en inglés, *Online Classified Ads Services* (OCAS).

³² *Facebook Marketplace*, párrs. 22-23.

³³ *Vid. Facebook Marketplace*, párrs. 459-463 y 470. En dichos apartados, la Comisión se limita a describir el funcionamiento de los servicios de OCAS como plataformas que permiten a vendedores publicar anuncios y a compradores consultarlos y contactar con los vendedores. Sin embargo, la Decisión no ofrece una motivación sobre la conveniencia de definir un único mercado que abarque a ambos grupos de usuarios ni explica las razones por las que descarta una posible delimitación de múltiples mercados, pese a tratarse de un servicio que satisface demandas diferenciadas en cada lado de la plataforma.

³⁴ *Vid. infra* apartado 2.2.

³⁵ *Vid. infra* apartado 2.3.

³⁶ *Vid. infra* apartado 2.4.

Publicidad clasificada	(ii) Compradores	

Fuente: Elaboración propia.

2.2. El mercado de los servicios de redes sociales personales, incluidas las plataformas híbridas

Tras haber examinado el dilema sobre el número de mercados a definir en presencia de plataformas multilaterales, corresponde ahora analizar en detalle cada uno de los mercados identificados en la Decisión contra Meta. El primero de ellos es el mercado de los servicios de redes sociales personales, que constituye la base del ecosistema de esta compañía y que, según la Comisión, presenta una delimitación propia frente a otros servicios digitales³⁷.

Para analizar adecuadamente dicha delimitación, el análisis se estructura en torno a las dos dimensiones del mercado de referencia: la dimensión de producto y la dimensión geográfica³⁸. Este mismo enfoque se aplica en las secciones dedicadas a los otros dos mercados definidos en la Decisión, garantizando así un marco analítico coherente y comparable entre todos ellos³⁹.

a. Dimensión de producto

i) Sustituibilidad de la demanda desde la perspectiva de los usuarios y basada en parámetros no monetarios

La Comisión centra su análisis en la sustituibilidad de la demanda desde el punto de vista de los usuarios, dado que el lado de los anunciantes se examina por separado en el mercado de publicidad gráfica en línea. Si bien reconoce la interdependencia entre ambos lados –ya que el valor de la plataforma para los anunciantes depende de la base de usuarios y del volumen de datos generados⁴⁰–, esta interdependencia no se tiene en cuenta en la fase de definición del mercado. En esta etapa, el análisis se concentra en la sustituibilidad de la demanda de cada lado por separado, delimitando mercados diferenciados para usuarios y anunciantes. Los efectos de red indirectos se consideran posteriormente al evaluar la posición dominante de Meta.

Tradicionalmente, el análisis de la sustituibilidad del lado de la demanda se ha basado en el precio como criterio de referencia. Sin embargo, en los mercados digitales, y en particular en los servicios de redes sociales, este parámetro pierde relevancia, ya que el acceso de los usuarios es gratuito. En consecuencia, la Comisión adopta un enfoque adaptado a las especificidades del entorno digital, centrándose en parámetros no monetarios⁴¹, tales como las funcionalidades⁴² y

³⁷ Facebook Marketplace, párr. 335.

³⁸ Como es bien sabido, la definición del mercado relevante exige tener en cuenta, por un lado, los bienes y servicios que lo integran (mercado de producto) y, por otro, el ámbito espacial en el que operan las empresas (mercado geográfico). Además, en determinadas circunstancias, puede resultar necesario incorporar una dimensión temporal. Vid. la Comunicación, párrs. 12-13.

³⁹ Vid. *infra* apartados 2.3 y 2.4, respectivamente.

⁴⁰ Facebook Marketplace, párr. 114.

⁴¹ Facebook Marketplace, párr. 100, 130-131.

⁴² A modo de ejemplo de la consideración de las funcionalidades de los servicios para delimitar el mercado relevante, vid. la definición del mercado de los servicios de comunicación para consumidores y de redes sociales en Facebook/WhatsApp, párrs. 24-33 y 51-61.

el propósito de uso de los servicios⁴³. Este método se alinea con la nueva Comunicación sobre la definición del mercado, que reconoce expresamente la posibilidad de recurrir a criterios distintos del precio para delimitar el mercado⁴⁴.

Así pues, la Comisión determina que, desde la perspectiva del usuario, los servicios de redes sociales personales son servicios en línea –accesibles mediante aplicaciones móviles o páginas web–, cuya finalidad principal es posibilitar el contacto y la interacción con personas conocidas, compartiendo experiencias y contenidos con familiares, amigos o compañeros. A partir de esta premisa, la Comisión identifica tres elementos esenciales y acumulativos que caracterizan a estos servicios: i) la existencia de perfiles de usuario públicos o semipúblicos, que configuran la identidad virtual de los individuos; ii) un grafo social, que refleja las conexiones entre dichos perfiles y determina la dinámica de interacción en la plataforma; y iii) un espacio compartido en el que se produce la interacción social mediante publicaciones, comentarios o reacciones⁴⁵. La combinación de estos tres elementos sirve a un propósito específico y diferenciador: facilitar la construcción y el mantenimiento de relaciones interpersonales. Precisamente en este propósito radica la singularidad de las redes sociales personales frente a otros servicios digitales.

De este modo, la Comisión no limita su análisis a las características funcionales de las plataformas, sino que también atiende a su propósito principal⁴⁶. Ello le permite rechazar el argumento de Meta de que todas las plataformas de redes sociales deberían considerarse parte de un mismo mercado por compartir ciertas funciones. Según la Decisión, la coincidencia parcial de funcionalidades no es suficiente para que servicios con propósitos diferenciados ejerzan una presión competitiva significativa entre sí. Incluso cuando algunas plataformas, como en el caso de Facebook, añaden progresivamente nuevas funciones para enriquecer la experiencia de sus usuarios más allá de los servicios propios de una red social personal, estas incorporaciones no modifican su finalidad principal, que es la de permitir a los usuarios establecer y mantener relaciones interpersonales⁴⁷.

Sobre esta base, la Comisión identifica como proveedores de servicios de redes sociales personales en el EEE a Meta⁴⁸, Jappy y Vero⁴⁹, que reúnen los tres elementos esenciales –perfil de usuario, grafo social y espacio compartido– y comparten como propósito principal el mantenimiento de relaciones personales *online*.

Por su parte, quedaron excluidos del mercado relevante aquellos servicios que, pese a compartir algunas funcionalidades con las redes sociales personales, persiguen un propósito distinto que impide considerarlos sustitutivos desde la perspectiva de la demanda. En primer lugar, se

⁴³ Para un ejemplo en el que el propósito de uso de los servicios se toma como criterio determinante para la definición del mercado, *vid.* la definición del mercado de los servicios de búsqueda general en la Decisión de la Comisión Europea, de 27 de junio de 2017, asunto AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, párrs. 163-183.

⁴⁴ Comunicación, párr. 98.

⁴⁵ *Facebook Marketplace*, párrs. 112, 115 y 117-121.

⁴⁶ *Facebook Marketplace*, párr. 129.

⁴⁷ *Facebook Marketplace*, párrs. 134-136.

⁴⁸ *Facebook Marketplace*, párrs. 139-171.

⁴⁹ *Facebook Marketplace*, párrs. 172-179.

descartaron los servicios de redes sociales profesionales, como LinkedIn⁵⁰, cuyo objetivo es la creación y gestión de contactos de carácter laboral⁵¹. En segundo término, también se excluyeron los servicios de comunicación para consumidores, como Facebook Messenger, WhatsApp⁵², Telegram o Signal, centrados en el intercambio de mensajes instantáneos y carentes de los tres elementos que definen a una red social personal⁵³. Asimismo, quedaron fuera las plataformas de descubrimiento de contenido, tales como X, Pinterest o Reddit, cuyo núcleo reside en la búsqueda y organización de contenidos sobre temas específicos, noticias, pasatiempos o intereses compartidos por sus comunidades de usuarios, y no en el desarrollo de vínculos interpersonales⁵⁴. Finalmente, se descartaron las plataformas de entretenimiento de vídeo, como YouTube o Vimeo, cuya finalidad principal es el consumo pasivo de contenidos audiovisuales generados por terceros⁵⁵.

En suma, en su Decisión contra Meta, la Comisión realiza un análisis de la sustituibilidad de la demanda completamente cualitativo, prescindiendo de pruebas cuantitativas y apoyándose en criterios vinculados a las características funcionales de los servicios y al uso previsto que los usuarios hacen de ellos. Este planteamiento pretende adaptarse a las especificidades de los mercados digitales, donde la gratuidad del acceso dificulta la aplicación de herramientas tradicionales basadas en el precio. Con todo, conviene recordar que al método basado en las características y propósitos de uso de los productos se le reprocha con frecuencia una posible falta de rigor teórico y empírico. Sin embargo, ello no implica que debamos descartar su utilidad como criterio principal o complementario en aquellos supuestos en los que otras pruebas cuantitativas no resulten apropiadas⁵⁶.

En este contexto, resulta ilustrativo el paralelismo con el caso seguido contra Meta en Estados Unidos, en virtud de la Sección 2 de la *Sherman Act*, en el que se discutía si la empresa había mantenido ilegalmente un poder de monopolio en el mercado de los servicios de redes sociales personales. En particular, en la demanda presentada por la *Federal Trade Commission* (FTC) contra Facebook en 2021, la autoridad estadounidense adoptó una delimitación del mercado relevante de los servicios de redes sociales personales muy similar a la empleada por la Comisión en *Facebook Marketplace*. Así, definió un mercado relativamente estrecho de *personal social networking services* –integrado por Facebook, Instagram, Snapchat y MeWe– y excluyó servicios como Twitter, YouTube o TikTok, por considerar que se orientan principalmente al intercambio

⁵⁰ En *Microsoft/LinkedIn*, párrs. 115-117, la Comisión consideró que los servicios de redes sociales profesionales pueden constituir un mercado de productos separado dentro del ámbito de las redes sociales, debido a sus funcionalidades, características y usos diferenciados.

⁵¹ *Facebook Marketplace*, párrs. 180-188.

⁵² En el caso *Facebook/WhatsApp*, párrs. 53-56, la Comisión concluyó que los servicios de redes sociales personales deben distinguirse de los servicios de comunicación para consumidores. Aunque ambos servicios comparten ciertas funcionalidades, la Comisión observó que las redes sociales personales tienden a ofrecer una experiencia social más amplia y rica. Además, aunque ambos permiten la comunicación entre usuarios, las funcionalidades de comunicación y sus usos son diferentes. Por último, las redes sociales personales tienden a permitir la comunicación y el intercambio de información con una audiencia más extensa en contraste con los servicios de comunicación para consumidores, que son más personales y específicos.

⁵³ *Facebook Marketplace*, párrs. 194-206.

⁵⁴ *Facebook Marketplace*, párrs. 209-227.

⁵⁵ *Facebook Marketplace*, párrs. 229-246.

⁵⁶ Sobre esta cuestión, vid. MANDRESCU, «The SSNIP test and zero pricing strategies: considerations for online platforms», *European Competition and Regulatory Review*, vol. 2, núm. 4, 2018, pp. 255-256; KNAPSTAD, *European Competition Journal*, vol. 20, núm. 2, 2024, pp. 426-427.

o consumo de contenidos, y no a la interacción interpersonal entre usuarios que, a su juicio, caracteriza a las redes sociales personales⁵⁷.

Sin embargo, la resolución dictada a finales de 2025 por el Tribunal del Distrito de Columbia marca un giro decisivo al fallar a favor de Meta precisamente por considerar incorrecta la definición del mercado relevante propuesta por la FTC. Según el Tribunal, el mercado estrecho de servicios de redes sociales personales ya no refleja adecuadamente la realidad competitiva actual, pues el entorno digital ha evolucionado desde la presentación de la demanda casi cinco años antes, difuminándose en gran medida la distinción entre redes sociales personales y plataformas orientadas al descubrimiento de contenidos o al entretenimiento⁵⁸.

Frente al enfoque predominantemente cualitativo aplicado por la FTC, el Tribunal construye su definición del mercado mediante una metodología más empírica. Para ello se apoya en datos de uso real de las distintas plataformas y en experimentos naturales –como apagones de servicios, caídas temporales o prohibiciones regulatorias– que permiten observar desplazamientos inmediatos de tiempo de uso entre Facebook o Instagram y otras plataformas como TikTok y YouTube. Esta evidencia se complementa, además, con un análisis de factores cualitativos que confirma la progresiva convergencia funcional entre los distintos servicios de *social media*⁵⁹.

Sobre esta base, el Tribunal norteamericano concluye que el mercado de redes sociales personales resulta demasiado estrecho para captar adecuadamente la dinámica competitiva contemporánea, puesto que plataformas como TikTok o YouTube ejercen una presión competitiva significativa sobre Facebook e Instagram. En consecuencia, el juez Boasberg sostiene que el mercado relevante debe ampliarse a un mercado de servicios de *social media*. A partir de esta delimitación, la cuota de mercado atribuible a Meta se reduce, situándose por debajo de los umbrales que permitirían inferir poder de monopolio, motivo por el cual el Tribunal concluye que no se ha probado una infracción de la Sección 2 de la *Sherman Act*.

Esta controversia ilustra hasta qué punto la delimitación del mercado relevante resulta decisiva en los asuntos de competencia. Mientras la FTC –al igual que la Comisión– recurre a un enfoque funcional centrado en el propósito relacional de las plataformas, el Tribunal estadounidense pone mayor énfasis en la evidencia empírica sobre los patrones reales de sustituibilidad entre servicios. Esta divergencia en las pruebas empleadas para la delimitación del mercado evidencia la tensión existente entre definiciones de mercado más estáticas y aproximaciones dinámicas basadas en el comportamiento de los usuarios, y pone de relieve que, en mercados digitales sujetos a una evolución acelerada y una fuerte competencia por la atención de los usuarios, la elección de las técnicas empleadas en la definición del mercado puede resultar determinante para el desenlace de los procedimientos *antitrust*.

Desde esta perspectiva, parece razonable que el análisis de los mercados digitales combine ambos tipos de aproximaciones. Las pruebas cualitativas siguen siendo útiles para examinar la

⁵⁷ Vid. la Demanda de la FTC contra Facebook, Inc., de 8 de septiembre de 2021, en el caso 1:20-cv-03590-JEB, párrs. 165-180, disponible en: https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/2021-09-08_redacted_substitute_amended_complaint_ecf_no.82.pdf.

⁵⁸ Vid. el *Memorandum Opinion* del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia, de 2 de diciembre de 2025, en el caso *Federal Trade Commission v. Meta Platforms, Inc.* (1:20-cv-03590-JEB), disponible en: https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/MemorandumofOpinion.pdf. En lo sucesivo, Opinión Meta.

⁵⁹ Opinión Meta, pp. 36-81.

sustituibilidad entre servicios, pero su aplicación debería complementarse cada vez más con evidencia empírica sobre el comportamiento de los usuarios y los patrones reales de consumo. En mercados caracterizados por una rápida innovación y una creciente convergencia de funcionalidades, un enfoque que combine análisis cualitativos y evidencia directa puede ofrecer una imagen más precisa de las presiones competitivas efectivas entre plataformas.

ii) Sustituibilidad de la oferta

El análisis de la Comisión no se limitó a la sustituibilidad desde la perspectiva de la demanda, sino que también abordó, aunque de forma mucho más sucinta, la sustituibilidad del lado de la oferta. No obstante, su aproximación a esta cuestión fue más descriptiva que analítica, basándose principalmente en las respuestas obtenidas en la investigación de mercado. Estas evidencias apuntaron a que los proveedores de los distintos servicios digitales excluidos del mercado relevante no pueden reconvertirse fácilmente en redes sociales personales.

En relación con las redes sociales profesionales, los encuestados señalaron que transformarlas en redes sociales personales no resulta posible a corto plazo sin asumir riesgos elevados e inversiones significativas⁶⁰. Una conclusión similar se alcanzó respecto de los servicios de comunicación, ya que construir una red social personal desde cero exige un volumen sustancial de trabajo, tiempo y recursos. Además, estos proveedores se enfrentarían a las barreras regulatorias (como las exigencias del Reglamento General de Protección de Datos⁶¹ y de las legislaciones nacionales de protección del consumidor), los retos de distribución en las tiendas de aplicaciones y, sobre todo, a la dificultad de atraer usuarios a un nuevo servicio⁶².

De igual modo, las plataformas de descubrimiento de contenidos no podrían convertirse en redes sociales personales sin afrontar costes elevados y largos plazos de adaptación⁶³. Por último, en el caso de las plataformas de entretenimiento de vídeo, la Comisión constató que el cambio hacia un modelo de red social personal tampoco es viable sin inversiones y tiempos significativos⁶⁴.

En definitiva, aunque este examen de la sustituibilidad de la oferta fue más breve y menos desarrollado que el relativo a la demanda, sus conclusiones refuerzan la idea de que los servicios excluidos carecen de sustituibilidad suficiente con las redes sociales personales, lo que contribuye a justificar la definición de un mercado diferenciado.

iii) Plataformas híbridas y su consideración en el mercado relevante

Uno de los aspectos más novedosos de la Decisión es el tratamiento de las *plataformas híbridas de redes sociales*. Bajo esta denominación, la Comisión agrupa a aquellas plataformas que combinan características propias de distintas categorías de servicios digitales –como los servicios de redes sociales, los servicios de comunicación para consumidores, los servicios de

⁶⁰ Facebook Marketplace, párr. 189.

⁶¹ 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). En adelante, RGPD.

⁶² Facebook Marketplace, párrs. 207-208.

⁶³ Facebook Marketplace, párr. 228.

⁶⁴ Facebook Marketplace, párr. 247.

descubrimiento de contenido y los servicios de entretenimiento en vídeo–, sin encajar plenamente en ninguna de ellas. Se identifican expresamente a Instagram, Snapchat y TikTok como ejemplos de este tipo de plataformas⁶⁵.

Aunque estas plataformas presentan, en mayor o menor medida, las tres características esenciales de las redes sociales personales –un perfil de usuario, grafo social y espacio compartido–, su uso principal por parte de los usuarios difiere. Así, Instagram combina las características típicas de una red social personal con una marcada orientación hacia el descubrimiento de contenidos y el entretenimiento visual. Snapchat integra rasgos típicos de los servicios de mensajería con funcionalidades propias de las redes sociales personales. Por su parte, TikTok se centra en el consumo de vídeos de corta duración, mezclando elementos de las plataformas de entretenimiento de vídeo, de descubrimiento de contenido y de redes sociales personales.

A pesar de estas diferencias, la Comisión opta por incluir a las plataformas híbridas dentro del mercado de los servicios de redes sociales personales, aun cuando –como reconoce la propia Decisión– no constituyen servicios sustitutivos plenos. Este enfoque obedece, por un lado, al reconocimiento de una creciente convergencia funcional entre los distintos tipos de servicios digitales y, por otro, a la constatación de que estas plataformas ejercen, aunque de forma menos efectiva e inmediata, cierta presión competitiva sobre Facebook⁶⁶.

La inclusión de las plataformas híbridas en el mercado relevante puede considerarse coherente con la naturaleza dinámica de los mercados digitales, caracterizados por la rápida evolución de funcionalidades y por la difuminación progresiva de las fronteras entre categorías de servicios. Sin embargo, plantea interrogantes acerca de los criterios que justifican dicha inclusión. En su análisis, la Comisión no llega a articular un marco operativo claro que permita determinar cuándo una plataforma híbrida debe considerarse parte del mercado de las redes sociales personales. En particular, no especifica qué grado mínimo de *núcleo relacional* –es decir, el nivel de interacción interpersonal entre usuarios– resulta necesario para considerar que una plataforma forma parte de dicho mercado. Esta falta de precisión genera cierta incertidumbre, puesto que deja sin respuesta cómo deberían tratarse, en casos futuros, plataformas que comparten algunas funcionalidades, pero cuyo propósito de uso principal podría ser distinto.

Para reducir esta indeterminación y dotar de mayor previsibilidad al análisis, sería deseable que la Comisión estableciese indicadores verificables que permitan operacionalizar el criterio del *núcleo relacional*. Entre dichos indicadores podrían incluirse, por ejemplo: i) el peso relativo de las interacciones bidireccionales entre usuarios con relaciones sociales previas, en comparación con el consumo pasivo de contenido recomendado algorítmicamente; ii) la proporción de comunicaciones interpersonales (1-a-1 o en pequeños grupos) respecto de las interacciones de carácter difusivo (1-a-muchos); iii) la estructura y reciprocidad del grafo social, valorando el grado en que las conexiones reflejan relaciones recíprocas y estables entre usuarios, más allá de simples seguimientos unilaterales; y iv) los costes de cambio (*switching costs*) asociados al

⁶⁵ Facebook Marketplace, párrs. 282-317.

⁶⁶ Facebook Marketplace, párrs. 319-320.

mantenimiento del grafo social, es decir, la medida en que la portabilidad o reconstrucción de las relaciones sociales influye en la decisión del usuario de trasladarse a otra plataforma⁶⁷.

La adopción de indicadores de este tipo permitiría convertir el criterio del *núcleo relacional* en un verdadero umbral operativo, reduciendo la dependencia de apreciaciones cualitativas y aumentando la transparencia y previsibilidad de la definición del mercado en contextos donde las plataformas presentan funcionalidades híbridas.

Asimismo, cabe resaltar que la relevancia de esta cuestión se observa en la evolución reciente del litigio *antitrust* seguido contra Meta en Estados Unidos. Como se ha señalado anteriormente, el Tribunal del Distrito de Columbia rechazó la definición del mercado relevante propuesta por la FTC al considerar que la categoría de servicios de *redes sociales personales* ya no reflejaba adecuadamente la realidad competitiva. En particular, el Tribunal subrayó que la convergencia funcional entre plataformas –que combinan elementos de interacción social con mecanismos de descubrimiento algorítmico de contenidos y formas de entretenimiento audiovisual– ha desdibujado las fronteras tradicionales entre redes sociales personales y otros servicios de *social media* como YouTube o TikTok⁶⁸.

Desde esta perspectiva, el debate sobre las plataformas híbridas permite entender mejor la divergencia entre el enfoque adoptado por las autoridades de competencia y el análisis realizado por el Tribunal estadounidense. Mientras la Comisión opta por mantener la categoría de servicios de redes sociales personales e integrar en ella determinadas plataformas híbridas que ejercen cierta presión competitiva, el Tribunal norteamericano considera que el grado de convergencia funcional entre servicios es ya suficiente para justificar una definición de mercado más amplia. Sin embargo, en ambos casos, el fenómeno subyacente es el mismo: la progresiva difuminación de las fronteras entre categorías de servicios digitales, que dificulta la delimitación de mercados de producto claramente diferenciados.

De cara a futuros casos, confiar exclusivamente en criterios cualitativos como las funcionalidades o el propósito de uso podría resultar insuficiente en un entorno donde las plataformas combinan características de distintas categorías de servicios. Por ello, sería recomendable complementar el análisis cualitativo con evidencia empírica sobre el comportamiento real de los usuarios –por ejemplo, patrones de uso, desplazamientos del tiempo de atención o reacciones ante interrupciones del servicio–, a fin de captar de manera más precisa las presiones competitivas efectivas entre plataformas y dotar de mayor solidez a la definición del mercado de referencia.

iv) *Rechazo de la existencia del mercado de la atención*

⁶⁷ Varios de estos indicadores aparecen, aunque de forma implícita, en el propio análisis de la Comisión (*vid. Facebook Marketplace*, párrs. 284-317). Sin embargo, la autoridad europea no llega a formular un criterio o umbral operativo claro que permita determinar cuándo la convergencia funcional de una plataforma híbrida con una red social personal justifica su inclusión en el mercado relevante. A nuestro juicio, habría sido útil que la Comisión precisara cuáles de los indicadores considerados (por ejemplo, el peso relativo de las conexiones con usuarios conocidos, la naturaleza del contenido predominante o el papel del grafo social) resultan determinantes, así como el grado de intensidad o prevalencia a partir del cual una plataforma híbrida debería ser tratada como parte del mismo mercado de referencia.

⁶⁸ Opinión Meta, pp. 36-81.

Uno de los argumentos planteados por Meta en este asunto fue que Facebook compite en un mercado de la atención de los usuarios, que incluiría una amplia variedad de servicios capaces de captar tiempo de consumo⁶⁹. Sin embargo, la Comisión rechazó esta tesis, sosteniendo que la atención no constituye un bien o servicio susceptible de intercambio económico y, por tanto, no puede configurar un mercado relevante.

A su juicio, la atención es el resultado de las decisiones de los usuarios al asignar su tiempo a distintos servicios o actividades, influenciados por múltiples factores como el contenido, la calidad, el precio, los esfuerzos de marketing y el interés personal. Por consiguiente, no es un producto que pueda ofrecer una empresa⁷⁰, por lo que no puede constituir un mercado de producto en los términos establecidos en la Comunicación sobre la definición del mercado⁷¹.

Además, aunque los usuarios satisfacen distintas necesidades mediante servicios diversos, la competencia solo existe entre proveedores que buscan satisfacer una misma necesidad. Por ejemplo, un servicio de redes sociales no compite en el mismo mercado que leer un libro, cenar con amigos o hacer deporte⁷². La Comisión también recuerda que el concepto de mercado relevante tiene un carácter autónomo dentro del Derecho de la competencia de la UE y no debe confundirse con el uso estratégico o amplio que las empresas hacen del término *mercado*⁷³.

Con base en estos argumentos, la Comisión concluye que no existe un mercado de la atención de los usuarios, considerándolo inadecuado para reflejar las verdaderas restricciones competitivas que enfrenta Facebook. Este pronunciamiento resulta especialmente importante, ya que se trata de la primera ocasión en que la Comisión descarta expresamente la idea –defendida por parte de la doctrina económica⁷⁴ y de las empresas del sector digital– de que la atención puede considerarse un mercado de producto en sí mismo.

En efecto, autores como EVANS han sostenido que las plataformas digitales operan en mercados bilaterales de atención, donde los usuarios intercambian su tiempo por contenido o servicios gratuitos, y las plataformas monetizan esa atención vendiéndola a los anunciantes. Desde esta perspectiva, la competencia se mediría en función de la capacidad de captar tiempo de los usuarios, con independencia de la naturaleza del bien o servicio ofrecido. Así, distintos servicios digitales serían competidores en la medida en que persiguen el mismo recurso escaso: la atención humana⁷⁵.

No obstante, como señala NEWMAN, esta aproximación incurre en un error conceptual al asumir que toda competencia por la atención implica pertenencia a un mismo mercado. Los mercados

⁶⁹ Facebook Marketplace, párr. 321.

⁷⁰ Facebook Marketplace, párrs. 325-326.

⁷¹ Comunicación, párr. 12, letra a).

⁷² Facebook Marketplace, párrs. 327-328.

⁷³ Facebook Marketplace, párrs. 332-333; Comunicación, párr. 19.

⁷⁴ Según la economía de la atención, la atención humana es un recurso valioso y limitado por el que las empresas compiten. En este sentido, *vid.*, por ejemplo, WU, «Blind Spot: The Attention Economy and the Law», *Antitrust Law Journal*, vol. 82, núm. 3, 2019, p. 771; NEWMAN, «Antitrust in Attention Markets: Definition, Power, Harm», *University of Miami Legal Studies Research Paper*, núm. 3745839, 2020, pp. 7-9.

⁷⁵ EVANS, «Attention Rivalry among Online Platforms», *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 9, núm. 2, 2013, pp. 314-316.

relevantes deben definirse conforme al criterio de la sustituibilidad razonable entre productos⁷⁶. Por ello, propone que los mercados de la atención se definan atendiendo a la naturaleza específica del servicio que canaliza dicha atención (por ejemplo, redes sociales personales o búsquedas en línea). En consecuencia, no puede hablarse de un único mercado global de la atención, sino de múltiples mercados interrelacionados con estructuras competitivas y dinámicas diferenciadas⁷⁷.

En síntesis, aunque la idea de un *mercado de la atención* pueda resultar útil para describir el funcionamiento económico de las plataformas digitales, la posición de la Comisión confirma que, desde el punto de vista jurídico, dicha noción no basta para establecer la existencia de un mercado relevante de producto.

b. Dimensión geográfica

En cuanto a la dimensión geográfica, la Comisión concluye que el mercado de los servicios de redes sociales personales, incluidas las plataformas híbridas, se extiende a todo elEEE⁷⁸. Esta conclusión se fundamenta en que, aunque dichos servicios suelen estar disponibles a escala mundial, existen ciertos elementos que justifican su delimitación al ámbito delEEE⁷⁹.

En particular, si bien no se observan diferencias sustanciales en términos de precio, funcionalidades, plataformas y sistemas operativos compatibles entre regiones o países, sí se detectan ajustes menores, como el idioma o la incorporación de determinadas funcionalidades, que distinguen la oferta entre zonas. A ello se suma la necesidad de cumplir con marcos regulatorios diferenciados, como el RGPD, vigente únicamente en la UE, lo que obliga a los proveedores a adaptar sus servicios a requisitos legales distintos según el país o la región⁸⁰.

Este enfoque se mantiene en línea con la práctica decisoria previa de la Comisión. Así, por ejemplo, en el caso *Facebook/WhatsApp*, aunque se reconocieron indicios de que el alcance del mercado podría ser global, la Comisión delimitó el mercado geográfico alEEE, siguiendo un criterio conservador en su evaluación⁸¹. Por el contrario, en *Microsoft/LinkedIn*, se consideró que, a diferencia de las redes sociales personales, el mercado de los servicios de redes sociales profesionales tenía un alcance nacional, debido al carácter local de las relaciones laborales y del empleo, que condiciona el uso de este tipo de redes⁸².

Así las cosas, la delimitación geográfica adoptada en la Decisión contra Meta resulta coherente tanto con la práctica previa de la Comisión como con las orientaciones de la nueva

⁷⁶ En este sentido, *vid.* también WU, *Antitrust Law Journal*, vol. 82, núm. 3, 2019, pp. 796-799.

⁷⁷ NEWMAN, *University of Miami Legal Studies Research Paper*, núm. 3745839, 2020, pp. 26-27; KALESNÁ, «Attention Markets and European Competition Law», *European Studies – the Review of European law, Economics and Politics*, vol. 9, núm. 2, 2022, p. 237.

⁷⁸ *Facebook Marketplace*, párr. 550.

⁷⁹ Meta no impugnó la conclusión de la Comisión sobre el alcance geográfico del mercado, aceptando que este comprende todo elEEE (*Facebook Marketplace*, párr. 555).

⁸⁰ *Facebook Marketplace*, párr. 552.

⁸¹ *Facebook/WhatsApp*, párrs. 64-68.

⁸² *Microsoft/LinkedIn*, párrs. 119-125.

Comunicación⁸³. Al mismo tiempo, este enfoque evidencia una tensión recurrente en los mercados digitales globalizados: aunque los servicios se ofrecen mundialmente, las condiciones de competencia de cada zona pueden limitar el alcance geográfico del mercado⁸⁴.

2.3. El mercado de la publicidad gráfica en línea en plataformas de redes sociales

Tras analizar el mercado de los servicios de redes sociales personales, corresponde examinar el segundo mercado relevante identificado por la Comisión: el de los servicios de publicidad gráfica en línea en plataformas de redes sociales. Este mercado se corresponde con el lado publicitario de dichas plataformas, donde los anunciantes adquieren espacios para mostrar sus mensajes a los usuarios, y constituye la principal fuente de ingresos para empresas como Meta.

No se trata de la primera vez que la Comisión aborda la delimitación de un mercado para los servicios de publicidad en línea. Su práctica en materia de publicidad digital cuenta con una trayectoria consolidada en casos previos relativos al control de concentraciones, tales como *Google/DoubleClick*⁸⁵, *Microsoft/Yahoo! Search Business*⁸⁶, *Facebook/WhatsApp*⁸⁷, *Verizon/Yahoo*⁸⁸, *Microsoft/LinkedIn*⁸⁹, *Apple/Shazam*⁹⁰, *Google/Fitbit*⁹¹ o *Meta (Formerly Facebook)/Kustomer*⁹². En estos precedentes, la Comisión reconoció la especificidad del ecosistema publicitario digital y la necesidad de distinguir entre los canales de publicidad *offline* y *online*, aunque en muchos casos dejó abierta la cuestión de si los distintos segmentos de la publicidad en línea (por ejemplo, en búsquedas, *display* o en redes sociales) constituían mercados relevantes independientes, al no depender de ello el resultado de su análisis⁹³.

Sin embargo, en el ámbito del abuso de posición dominante, la delimitación de un mercado de publicidad en línea ha sido mucho menos frecuente. La Decisión contra Meta constituye el segundo caso en el que la Comisión define un mercado relevante de este tipo. El primero fue el asunto *Google Search (AdSense)*, en el que la Comisión había definido un mercado de publicidad

⁸³ Comunicación, párr. 67. En este sentido, por ejemplo, en el caso *Google Shopping*, párrs. 253-254, la Comisión definió el mercado de búsquedas en general como de ámbito nacional debido a las preferencias lingüísticas de los usuarios, a pesar de que estos pudieran acceder a estos servicios desde cualquier lugar del mundo.

⁸⁴ OCDE, «Defining geographic markets across national borders», *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, núm. 194, 2016, pp. 18-19.

⁸⁵ Decisión de la Comisión Europea, de 11 de marzo de 2008, asunto COMP/M.4731 – *Google/DoubleClick*, sección 6.1.1.

⁸⁶ Decisión de la Comisión Europea, de 18 de febrero de 2010, asunto COMP/M.5727 – *Microsoft/Yahoo! Search Business*, párrs. 61-75.

⁸⁷ *Facebook/WhatsApp*, sección 4.3.

⁸⁸ Decisión de la Comisión Europea, de 21 de diciembre de 2016, asunto M.8180 – *Verizon/Yahoo*, sección 4.2.

⁸⁹ *Microsoft/LinkedIn*, sección 3.8.

⁹⁰ Decisión de la Comisión Europea, de 6 de septiembre de 2018, asunto M.8788 – *Apple/Shazam*, sección 7.6.

⁹¹ Decisión de la Comisión Europea, de 17 de diciembre de 2020, asunto M.9660 – *Google/Fitbit*, sección 9.1.5.

⁹² Decisión de la Comisión Europea, de 27 de enero de 2022, asunto M.10262 – *Meta (Formerly Facebook)/Kustomer*, sección 6.3.

⁹³ En consonancia con la Comunicación sobre la definición del mercado relevante, párr. 38, la Comisión puede dejar abierta la definición del mercado cuando las distintas delimitaciones plausibles no alteran el resultado de su evaluación, ya sea porque surgen problemas de competencia con independencia de la definición adoptada o porque no surgen bajo ninguna de ellas.

en las búsquedas en línea⁹⁴, confirmando que la publicidad en las búsquedas y los servicios de búsqueda general constituían dos lados interdependientes de un motor de búsqueda⁹⁵. Aunque dicha Decisión fue anulada por el Tribunal General, este desestimó que la delimitación de los mercados de referencia realizada por la Comisión fuera errónea, confirmando así la corrección de dicha definición⁹⁶.

Por su parte, en los asuntos *Google Shopping* y *Google Android* –también relativos a abusos de posición de dominio por parte de Google–, la Comisión reconoció la naturaleza multilateral del motor de búsqueda⁹⁷. Sin embargo, no llegó a delimitar un mercado independiente para los servicios publicitarios. Así, en dichos casos, la Comisión parece restar importancia a esta característica, tanto en la etapa de delimitación del mercado –centrada exclusivamente en el lado de la búsqueda general en Internet– como en la fase de evaluación del poder de mercado⁹⁸.

En este contexto, la Decisión *Facebook Marketplace* reviste particular interés. No solo consolida la práctica previa en materia de publicidad digital, sino que también aplica el enfoque de múltiples mercados en un caso de abuso de posición dominante, donde la publicidad constituye uno de los lados de la plataforma. A diferencia de los precedentes sobre Google, la Comisión considera la naturaleza multilateral de la plataforma ya en la etapa de delimitación del mercado, identificando mercados separados para cada lado: el de los servicios de redes sociales personales y el de la publicidad gráfica en línea. Además, la Decisión introduce algunas orientaciones novedosas, especialmente en lo relativo a la aplicación de la prueba SSNDQ⁹⁹.

a. Dimensión de producto

Al delimitar este mercado, la Comisión examina la sustituibilidad desde la perspectiva de la demanda, evaluando si los anunciantes perciben los distintos formatos publicitarios como alternativas intercambiables, así como del lado de la oferta.

i) Publicidad en línea vs. publicidad fuera de línea

En primer lugar, la Comisión distingue entre publicidad en línea (anuncios en sitios web y aplicaciones) y publicidad fuera de línea (anuncios en televisión, radio, prensa escrita, vallas publicitarias, etc.). Considera que ambos canales no son sustituibles y, por tanto, constituyen mercados de producto distintos.

⁹⁴ Decisión de la Comisión Europea, de 20 de marzo de 2019, asunto AT. 40411 – *Google Search (AdSense)*, sección 6.2.1.

⁹⁵ *Google Search (AdSense)*, párr. 121. Esto ya se había reconocido en *Microsoft/Yahoo! Search Business*, párrs. 47-48.

⁹⁶ Sentencia del Tribunal General de la UE, de 18 de septiembre de 2024, *Google y Alphabet/Comisión (Google AdSense for Search)*, asunto T-334/19, ECLI:EU:T:2024:634, párrs. 367-369.

⁹⁷ Decisión de la Comisión Europea, de 27 de junio de 2017, asunto AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, párr. 159. Decisión de la Comisión Europea, de 18 de julio de 2018, asunto AT.40099 – *Google Android*, párr. 328.

⁹⁸ Para una crítica sobre esta cuestión en lo que respecta a *Google Shopping*, vid. SOLANO DÍAZ, «La Decisión de la Comisión Europea en el asunto Google Search. La última frontera del Derecho de la competencia», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 46, 2017, p. 98.

⁹⁹ Vid. *infra* apartado 2.3.a, punto i).

Desde la perspectiva de la demanda, las campañas en línea ofrecen funcionalidades diferenciadas respecto de los soportes tradicionales. En particular, permiten una segmentación precisa de audiencias, un seguimiento en tiempo real del rendimiento de los anuncios y una interacción directa con los usuarios. Por el contrario, la publicidad fuera de línea se dirige a públicos más amplios y menos definidos, y carece de la misma capacidad de medición y optimización. Los anunciantes, por tanto, no consideran ambos canales como alternativas intercambiables, sino más bien como instrumentos complementarios que cumplen objetivos distintos dentro de sus estrategias de marketing¹⁰⁰.

Desde el punto de vista de la oferta, los proveedores de servicios publicitarios *offline* no pueden trasladarse de manera inmediata y sin costes significativos a la publicidad en línea, dado que esta requiere inversiones sustanciales en infraestructura tecnológica, capacidades analíticas y acceso a datos sobre los usuarios. De forma análoga, también resulta muy costoso para los editores de publicidad *online* entrar en el mercado de la publicidad fuera de línea, ya que establecer un periódico o una cadena de televisión requiere conocimientos e inversiones completamente distintos¹⁰¹.

Esta distinción entre canales *online* y *offline* coincide con la práctica reiterada de la Comisión¹⁰², recogida en la nueva Comunicación sobre la delimitación del mercado¹⁰³. En el ámbito publicitario, la postura de la Comisión es clara: la publicidad en línea y fuera de línea constituyen mercados distintos. Sin embargo, esta claridad no siempre se reproduce en otros sectores digitales, como el comercio electrónico, donde el análisis de la sustituibilidad entre canales puede resultar más complejo y abierto a interpretaciones¹⁰⁴. Ello pone de relieve que, si bien la delimitación de mercados en el mundo digital requiere un enfoque adaptado a las particularidades de cada caso, la publicidad es un ejemplo paradigmático de cómo la diferenciación tecnológica y funcional de los canales puede justificar la identificación de mercados separados¹⁰⁵.

ii) Publicidad gráfica en línea vs. publicidad en las búsquedas en línea

¹⁰⁰ Facebook Marketplace, párrs. 347-356.

¹⁰¹ Facebook Marketplace, párr. 357.

¹⁰² En el mismo sentido, *vid. Google/DoubleClick*, párrs. 45-47 y 56; *Microsoft/Yahoo! Search Business*, párr. 61; *Facebook/WhatsApp*, párr. 79; *Verizon/Yahoo*, párr. 25; *Microsoft/LinkedIn*, párrs. 159-161; *Apple/Shazam*, párrs. 133-135; *Google Search (AdSense)*, párrs. 124-134; *Google/Fitbit*, párrs. 148-155; *Meta (Formerly Facebook)/Kustomer*, párr. 147.

¹⁰³ La Comunicación, párr. 18, señala que los mercados definidos suelen ser los mismos en distintos asuntos cuando se trata de la misma actividad económica. A modo de ejemplo, menciona los servicios de publicidad en línea, donde «el mercado de producto de referencia se ha definido en distintos asuntos como un mercado para el suministro de espacio de publicidad en línea, independiente del espacio de publicidad fuera de línea» (nota al pie 31).

¹⁰⁴ Sobre la delimitación del mercado en el contexto del comercio electrónico y la orientación que la nueva Comunicación ofrece al respecto, *vid. AÍDO VÁZQUEZ, Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, núm. 45, 2025, pp. 53-57.

¹⁰⁵ Para más detalles sobre el paradigma *online/offline*, *vid. ROBERTSON, «Delineating Digital Markets Under EU Competition Law: Challenging or Furtile?», The Competition Law Review*, vol. 12, núm. 2, 2017, pp. 146-150; ROBERTSON, *Competition Law's Innovation Factor: The Relevant Market in Dynamic Contexts in the EU and the US*, Hart, Oxford, 2020, pp. 108-115.

En segundo lugar, la Comisión distingue entre la publicidad gráfica en línea (*display advertising*) y la publicidad en motores de búsqueda (*search advertising*)¹⁰⁶. A su juicio, ambos formatos no son sustituibles y, por ende, no pertenecen al mismo mercado relevante de producto¹⁰⁷. Esta distinción ya se había realizado en casos anteriores¹⁰⁸, por lo que no constituye una novedad de la Decisión *Facebook Marketplace*.

En particular, desde la perspectiva de la demanda, la publicidad gráfica se caracteriza por su formato visual, que incluye *banners*, vídeos y otros elementos multimedia, y por aparecer en entornos digitales donde los usuarios consumen contenidos o interactúan con terceros, como redes sociales, sitios web o aplicaciones. Su objetivo principal es generar notoriedad de marca y mantener el interés de los consumidores, influyendo en sus preferencias incluso antes de que exista una intención de compra concreta. En cambio, la publicidad en buscadores se activa únicamente cuando el usuario introduce términos específicos de búsqueda, respondiendo a una demanda ya existente y enfocándose en la conversión inmediata en ventas. Además, la publicidad gráfica permite un grado menor de segmentación inmediata, orientándose a audiencias según ubicación, intereses generales u otras características, mientras que la publicidad en buscadores se dirige con precisión a usuarios que ya han expresado un interés específico en un bien o servicio. Por estas diferencias funcionales, los anunciantes consideran que ambos tipos de publicidad no son productos sustitutivos, sino complementarios¹⁰⁹.

Desde el lado de la oferta, tampoco existe una sustituibilidad plena. La entrada en el mercado de publicidad gráfica resulta más accesible para los proveedores de buscadores que lo contrario, pero aun así requiere generar contenido atractivo o funcionalidades específicas que atraigan tráfico y datos, lo cual no es inmediato¹¹⁰.

iii) Aplicación de la prueba SSNDQ

Lo verdaderamente novedoso del caso *Facebook Marketplace* no radica tanto en la distinción entre publicidad gráfica y publicidad en búsquedas en línea, sino en las aportaciones que la Comisión realiza en relación con la aplicación del test SSNDQ. Aunque esta herramienta no es completamente nueva –la doctrina económica la propuso hace más de dos décadas–, en los últimos años ha adquirido una creciente relevancia en el análisis del Derecho de la competencia, especialmente en el contexto de la digitalización de los mercados¹¹¹.

¹⁰⁶ Según la CNMC, la publicidad de búsqueda es aquella que resulta de los anuncios que pueden aparecer junto a los resultados *orgánicos* asociados a la búsqueda de palabras clave en un motor de búsqueda general. Por su parte, la publicidad de *display* es la que resulta de los anuncios que pueden aparecer en distintos formatos (vídeo, *banners*, publicidad nativa, etc.) durante la navegación en páginas web y aplicaciones móviles. Vid. COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, «Estudio sobre las condiciones de competencia en el sector de la publicidad online en España», E/CNMC/002/19, 2021, p. 7.

¹⁰⁷ *Facebook Marketplace*, párrs. 361-363.

¹⁰⁸ *Google AdSense*, párrs. 135-148; *Google/Fitbit*, párr. 152; *Meta (Formerly Facebook)/Kustomer*, párrs. 147-149.

¹⁰⁹ *Facebook Marketplace*, párrs. 364-374.

¹¹⁰ *Facebook Marketplace*, párrs. 375-376.

¹¹¹ COUTO CALVIÑO, «Parámetros no monetarios para la determinación de mercados de referencia en la economía digital y su admisibilidad», en TATO PLAZA/COSTAS COMESAÑA/FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/TORRES PÉREZ/LOUREDO CASADO (dirs.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial V*, Atelier, Barcelona, 2026, p. 82.

Como es sabido, el test SSNIP¹¹² se basa en analizar cómo reaccionarían los consumidores ante un pequeño, pero significativo y no transitorio, incremento del precio de un producto, con el fin de determinar si estos sustituirían dicho producto por otros alternativos. El test SSNDQ¹¹³ reproduce una lógica similar, pero sustituyendo la variación del precio por una disminución de la calidad del bien o servicio. En otras palabras, el análisis se centra en determinar si los consumidores cambiarían hacia productos alternativos ante una disminución pequeña, pero significativa y no transitoria de la calidad.

La popularidad de esta prueba ha aumentado notablemente en los últimos años debido a las peculiaridades de los mercados digitales. Esta tendencia parece haber sido asumida también por la Comisión, que aplicó por primera vez esta herramienta en el caso *Google Android*¹¹⁴ y posteriormente la incorporó a la Comunicación sobre la definición del mercado de 2024¹¹⁵.

En particular, el análisis basado en parámetros cualitativos presenta varias ventajas. En primer lugar, puede simplificar y abaratar el análisis en aquellos casos en los que no resulta posible o resulta muy costoso obtener datos suficientes para realizar un test basado en precios. En segundo lugar, permite adaptar el análisis a las características específicas de cada mercado, ya que no se limita a un parámetro unívoco como el precio, sino que permite examinar cualquier parámetro determinante de la calidad que resulte relevante en el caso concreto. Finalmente, el test SSNDQ puede aplicarse en mercados de precio cero, muy frecuentes en la economía digital, donde la prueba SSNIP resulta inaplicable¹¹⁶ y la competencia entre plataformas se desarrolla fundamentalmente en términos de calidad del servicio¹¹⁷.

No obstante, la aplicación de este test no se encuentra exenta de dificultades e incertidumbres¹¹⁸. A diferencia del precio, cuya variación puede observarse de manera objetiva, la calidad constituye un concepto multidimensional cuya medición resulta más compleja y, en ocasiones, más

¹¹² SSNIP equivale a *Small but Significant Non-Transitory Increase in Price* (Pequeño pero Significativo Aumento No Transitorio del Precio).

¹¹³ SSNDQ equivale a *Small but Significant Non-Transitory Decrease in Quality* (Pequeña pero Significativa Reducción No Transitoria de la Calidad). Para una explicación más detallada sobre esta prueba, *vid.* MANDRESCU, *European Competition and Regulatory Review*, vol. 2, núm. 4, 2018, pp. 252-255.

¹¹⁴ *Vid.* *Google Android*, párrs. 284-305, donde se evaluó si los fabricantes, usuarios y desarrolladores de aplicaciones sustituirían las tiendas de aplicaciones para Android por otras tiendas de distintos sistemas operativos en caso de una disminución en la calidad.

¹¹⁵ Comunicación, párrs. 96-98. Para un análisis de las orientaciones de la nueva Comunicación sobre este punto, *vid.*, entre otros, AÍDO VÁZQUEZ, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, núm. 45, 2025, pp. 45-48.

¹¹⁶ Se ha argumentado en numerosas ocasiones que la prueba SSNIP no puede aplicarse a productos con precio cero. Sobre esta cuestión, *vid.*, entre otros, EVANS, «The Antitrust Economics of Free», *Competition Policy International*, vol. 7, núm. 1, 2011, pp. 83-84; NEWMAN, «Antitrust in Zero-Price Markets: Applications», *Washington University Law Review*, vol. 94, 2016, pp. 65-66; MANDRESCU, *European Competition and Regulatory Review*, vol. 2, núm. 4, 2018, pp. 248-250; MANDRESCU, *European Competition Law Review*, vol. 44, núm. 8, 2024, p. 366.

¹¹⁷ Sobre las ventajas de la prueba SSNDQ, *vid.*, por ejemplo, COUTO CALVIÑO, *Nuevas tendencias en el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial V*, pp. 82-83.

¹¹⁸ Sobre las incertidumbres metodológicas que plantea el test SSNDQ, *vid.*, por ejemplo, CRÉMER/DE MONTJOYE/SCHWEITZER, «Competition Policy for the Digital Era», Publications Office of the European Union, 2019, p. 45; COUTO CALVIÑO, *Nuevas tendencias en el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial V*, pp. 83-84; MANDRESCU, *European Competition Law Review*, vol. 44, núm. 8, 2024, p. 366.

subjetiva¹¹⁹. Mientras que una subida o bajada de precios suele interpretarse de forma relativamente uniforme por los consumidores, las variaciones en la calidad pueden manifestarse de forma más sutil y no siempre generar reacciones homogéneas entre los usuarios. Lo que para algunos puede constituir una mejora del servicio, para otros puede traducirse en una mayor complejidad o en una peor experiencia de uso.

Asimismo, no existe un umbral claro que permita determinar qué reducción de la calidad debe considerarse suficientemente pequeña, pero significativa y no transitoria. A este respecto, el propio Tribunal General ha confirmado que la Comisión no está obligada a fijar un porcentaje concreto¹²⁰. No obstante, la ausencia de referencias más precisas genera cierta inseguridad jurídica en su aplicación práctica, como ya se puso de manifiesto en *Google Android* y, más recientemente, en *Facebook Marketplace*¹²¹.

En los mercados de plataformas, además, la aplicación de este tipo de pruebas debe tener en cuenta la naturaleza multilateral de estos mercados. En particular, el análisis puede realizarse tanto en el lado del mercado en el que los usuarios acceden gratuitamente al servicio como en el lado en el que otros agentes –como los anunciantes– pagan por utilizar la plataforma. En el primer caso, donde no existe un precio monetario para los usuarios, el test SSNDQ puede constituir una herramienta especialmente adecuada para analizar la sustituibilidad entre servicios. En el segundo caso, donde sí existe un precio, el test SSNIP continúa siendo conceptualmente aplicable, aunque el análisis puede complementarse con consideraciones relativas a la calidad del servicio cuando esta constituye una variable relevante para la elección de los clientes.

En este punto, conviene recordar también que el Derecho europeo de la competencia no establece una jerarquía entre los distintos instrumentos utilizados para analizar la sustituibilidad entre productos y definir el mercado relevante. Tanto la Comunicación sobre la definición del mercado como la jurisprudencia han subrayado que la delimitación del mercado debe basarse en una apreciación global de todas las pruebas y elementos de evidencia disponibles, sin que exista una primacía predeterminada entre ellas¹²².

Es precisamente en este contexto donde se sitúa la discusión planteada en el asunto *Facebook Marketplace*. En este caso, el análisis se refiere al mercado de la publicidad *online*, que corresponde al lado de la plataforma en el que los anunciantes pagan por los servicios publicitarios. En decisiones anteriores relativas a este mercado, la Comisión había recurrido tradicionalmente al test SSNIP para evaluar la sustituibilidad entre los distintos formatos de publicidad en línea. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso *Google AdSense*, en el que la autoridad europea solicitó información a anunciantes, editores y agencias de medios para conocer cómo reaccionarían ante un incremento del 5-10 % en el precio de los anuncios para las búsquedas o,

¹¹⁹ OCDE, «The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis: Key findings, summary and notes», *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, núm. 141, 2013, p. 6.

¹²⁰ Sentencia del Tribunal General de la UE, de 14 de septiembre de 2022, *Google y Alphabet/Comisión*, asunto T-604/18, ECLI:EU:T:2022:541, párrs. 177 y 180.

¹²¹ MANDRESCU, *Kluwer Competition Law Blog*, 2025.

¹²² En este sentido, *vid.* la Sentencia del Tribunal General de la UE, de 11 de enero de 2017, *Topps Europe Ltd contra Comisión Europea*, asunto T-699/14, ECLI:EU:T:2017:2, párr. 82; y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 4 de octubre de 2024, *ThyssenKrupp AG contra Comisión Europea*, asunto T C-581/22 P, ECLI:EU:C:2024:821, párr. 171. *Vid.* también la Comunicación, párr. 76.

en el caso de los editores, ante una reducción equivalente de los ingresos derivados de esa publicidad. Los resultados mostraron que ninguno de los operadores habría sustituido total o parcialmente la publicidad en búsquedas por publicidad no relacionada con búsquedas ante dicho aumento de precios¹²³. Del mismo modo, en *Meta/Kustomer*, la Comisión volvió a recurrir al test SSNIP para analizar la sustituibilidad entre publicidad en buscadores y publicidad gráfica, concluyendo que ambas constituían mercados de producto diferenciados¹²⁴.

Sin embargo, en *Facebook Marketplace* fue la propia Meta quien invocó la aplicación del test SSNDQ para tratar de demostrar que la publicidad gráfica en redes sociales y la publicidad en buscadores formaban parte del mismo mercado de producto. Según la empresa, la introducción en 2021 de la política *App Tracking Transparency* (ATT)¹²⁵ de Apple habría reducido la calidad de la publicidad gráfica al limitar la capacidad de rastreo y segmentación de usuarios en iOS, lo que habría provocado que algunos anunciantes redirigieran parte de su gasto hacia la publicidad en motores de búsqueda. Para Meta, este episodio constituía un experimento natural que reproducía la lógica de la prueba SSNDQ y demostraba la sustituibilidad entre ambos canales publicitarios¹²⁶.

La Comisión, sin embargo, rechazó el razonamiento de Meta por varias razones. En primer lugar, consideró que la empresa aplicaba de forma incorrecta el *Critical Loss Analysis*. Este método parte de la premisa de que un aumento de precios en el marco del test SSNIP afecta simultáneamente al margen unitario y al volumen de ventas, lo que permite estimar el nivel de pérdida de ventas que haría no rentable dicho aumento. Sin embargo, según la Comisión, el impacto de la política ATT no afectó al margen de los servicios publicitarios de Meta, sino que se tradujo en una reducción de la cantidad de anuncios vendidos, por lo que la comparación con un aumento de precios en el marco de un test SSNIP resultaba inapropiada. Además, Meta equiparaba la reducción de calidad derivada del ATT a un aumento de precios del 37 %, una magnitud muy superior al umbral típico del 5-10 % utilizado en este tipo de análisis.

En segundo lugar, la Comisión señaló que, incluso aceptando los cálculos presentados por Meta, ello no permitiría concluir que ambos tipos de publicidad pertenecen al mismo mercado. En

¹²³ *Google AdSense*, párr. 148. En este caso, el Tribunal General constató que la Comisión no había aplicado un test SSNIP en sentido estricto, ya que no analizó la rentabilidad de un hipotético aumento del precio –esto es, si un número suficiente de clientes cambiaría su demanda para hacer no rentable dicho incremento–. No obstante, el Tribunal recordó que la Comisión no está obligada a emplear la prueba SSNIP al definir el mercado, dado que se trata de una herramienta reconocida pero no imperativa, que puede complementarse o sustituirse por otras herramientas, como los estudios de mercado o la evaluación de las respuestas de clientes y competidores. Asimismo, subrayó que, el test SSNIP no es más que una de las vías posibles para determinar la sustituibilidad, y que la Comisión no sigue un orden jerárquico rígido en la utilización de distintas fuentes de información. Incluso advirtió que esta prueba puede resultar inadecuada en ciertos supuestos, como en presencia de la *falacia del celofán* o en mercados de precio cero. En consecuencia, el Tribunal avaló el análisis de precios de la Comisión, al considerar que las respuestas de los actores del mercado constituían un medio pertinente y válido para evaluar la sustituibilidad. Vid. la Sentencia del Tribunal General de la UE, de 18 de septiembre de 2024, *Google y Alphabet/Comisión (Google AdSense for Search)*, asunto T-334/19, ECLI:EU:T:2024:634, párrs. 145-167. A este respecto, vid. también la Sentencia del Tribunal General de la UE, de 11 de enero de 2017, *Topps Europe Ltd contra Comisión Europea*, asunto T-699/14, ECLI:EU:T:2017:2, párr. 82; así como la Comunicación, párrs. 30-31 y nota al pie 55.

¹²⁴ *Meta (Formerly Facebook)/Kustomer*, párr. 148.

¹²⁵ En español, la Política de Transparencia de Seguimiento de Aplicaciones. Esta exige que las aplicaciones soliciten el permiso explícito del usuario para rastrear su actividad en *apps* y sitios web de otras empresas, principalmente con fines publicitarios o de intercambio de datos.

¹²⁶ *Facebook Marketplace*, párrs. 387-389.

escenarios de fuerte poder de mercado, la aplicación de un test SSNIP/SSNDQ con variaciones tan grandes puede conducir a la denominada *falacia del celofán*¹²⁷. En tales casos, el hecho de que un monopolista fije precios (o niveles de calidad) cercanos a su máximo rentable puede no indicar que el mercado sea más amplio, sino reflejar su posición dominante.

En tercer lugar, el impacto del ATT no podía considerarse una disminución suficientemente pequeña de la calidad, como exige el test SSNDQ. Al contrario, las pruebas aportadas por Meta indicaban que la introducción de esta política había generado incrementos muy elevados en los costes de publicidad para los anunciantes, lo que desvirtúa la utilidad de este episodio como referencia para evaluar la sustituibilidad entre servicios.

Por último, la Comisión subrayó que los cambios observados en el gasto publicitario respondían a un shock regulatorio excepcional y de gran magnitud. Y, por esta razón, no reflejaban cómo reaccionarían los anunciantes ante variaciones más limitadas de calidad o precio en condiciones normales de competencia¹²⁸.

En suma, la Comisión concluye que la publicidad gráfica en redes sociales constituye un mercado de producto independiente y que el episodio del ATT no modifica esta apreciación. Con todo, como acertadamente señala MANDRESCU, la Comisión pierde en este asunto una oportunidad para clarificar el marco de aplicación de la prueba SSNDQ¹²⁹, pues se limita a rechazar el argumento de Meta sin desarrollar los parámetros que deberían guiar la utilización de este test.

Desde esta perspectiva, una mayor clarificación metodológica resultaría deseable. En particular, la operacionalización del test SSNDQ podría beneficiarse de la identificación más precisa de las dimensiones de calidad relevantes en cada mercado. En el ámbito de la publicidad digital, por ejemplo, una reducción de la calidad del servicio podría reflejarse en aspectos como la precisión de la segmentación de audiencias, la capacidad de medición del rendimiento de las campañas, la disponibilidad de datos para los anunciantes o la eficacia de los sistemas de atribución de conversiones. Estas dimensiones podrían aproximarse mediante distintos indicadores empíricos o *proxies*, como las tasas de clic, las tasas de conversión, el coste por adquisición o el retorno de la inversión publicitaria.

Asimismo, el análisis debería basarse preferentemente en fuentes de evidencia que reflejen el comportamiento real de los agentes económicos, como experimentos naturales, datos internos de las plataformas o análisis econométricos del rendimiento de las campañas publicitarias. Desde la óptica de la economía del comportamiento, los experimentos naturales basados en eventos pasados pueden resultar particularmente valiosos, ya que permiten superar las limitaciones asociadas a los análisis puramente hipotéticos sobre cómo reaccionarían los consumidores o

¹²⁷ La denominada *falacia del celofán* alude al riesgo de definir un mercado de producto de forma excesivamente amplia cuando se aplica la prueba del monopolista hipotético sobre precios que ya se sitúan en niveles supracompetitivos. En contextos en los que debe evaluarse el poder de mercado existente, por ejemplo, en la aplicación del artículo 102 TFUE, es preciso considerar que los precios vigentes pueden no reflejar condiciones de competencia efectiva. En tales casos, la Comisión puede aplicar la prueba a partir de un precio de referencia competitivo o recurrir a otros elementos de análisis (Comunicación, nota al pie 55).

¹²⁸ Facebook Marketplace, párrs. 390-407.

¹²⁹ MANDRESCU, *Kluwer Competition Law Blog*, 2025.

anunciantes ante determinadas variaciones de precio o calidad¹³⁰. No obstante, conviene interpretar con cautela los episodios derivados de shocks regulatorios de gran magnitud –como el introducido por la política ATT–, ya que las reacciones observadas en estos contextos pueden reflejar ajustes extraordinarios y no necesariamente el comportamiento habitual de los clientes ante variaciones marginales en los parámetros de competencia.

En definitiva, aunque el test SSNDQ puede resultar útil para adaptar el proceso de definición del mercado a las características de la economía digital, su aplicación práctica continúa planteando importantes retos. Una mayor clarificación de las dimensiones de calidad relevantes, de los indicadores empíricos que permiten analizarlas y de las fuentes de evidencia más adecuadas contribuiría a reforzar la seguridad jurídica en este ámbito.

iv) Publicidad en redes sociales vs. publicidad fuera de redes sociales

Por último, la Comisión analiza la sustituibilidad entre la publicidad gráfica difundida en plataformas de redes sociales y aquella mostrada en otros entornos digitales, tales como páginas web, aplicaciones o medios de comunicación en línea. Aunque ambas modalidades se engloban dentro de la publicidad gráfica en línea, considera que no son plenamente sustitutivas y, por tanto, deben analizarse como mercados diferenciados.

Esta delimitación supone un paso más respecto al caso *Meta/Kustomer*, donde ya se habían identificado indicios sólidos de diferencias en capacidades de segmentación, interacción de usuarios, formatos de anuncio, contenido creativo y servicios tecnológicos requeridos entre ambos tipos de publicidad. No obstante, en dicho asunto, la Comisión dejó abierta la cuestión de si debía reconocerse un mercado separado para la publicidad en redes sociales, considerando que ello no alteraba el resultado del análisis de competencia¹³¹.

En *Facebook Marketplace*, la Comisión consolida esta distinción apoyándose tanto en consideraciones de la demanda como de la oferta. Desde la perspectiva de la demanda, los anunciantes y las agencias de medios suelen distinguir entre ambos canales, ya que, si bien pueden perseguir objetivos similares, difieren en eficacia y características. Las redes sociales ofrecen mayores capacidades de segmentación gracias al volumen y la granularidad de los datos de sus usuarios, lo que permite identificar audiencias de forma más precisa. Además, favorecen un alto grado de interacción con los consumidores –a través de funciones como reaccionar con *me gusta*, comentar o compartir–, lo que amplifica el alcance de los anuncios y permite monitorizar en tiempo real las conversaciones en torno a las marcas. También existen diferencias en las audiencias alcanzadas, ya que la publicidad fuera de redes sociales permite llegar a usuarios que no participan activamente en ellas o a determinados nichos, mientras que las plataformas de redes sociales concentran a quienes forman parte de ellas¹³².

Desde el lado de la oferta, la sustituibilidad también es limitada. Los operadores ajenos al ámbito de las redes sociales no pueden incorporarse con facilidad al mercado de la publicidad gráfica dentro de estas plataformas. Ello se debe a que requieren disponer de una base de usuarios lo

¹³⁰ OCDE, «Integrating Consumer Behaviour Insights in Competition Enforcement», *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, núm. 282, 2022, p. 17.

¹³¹ *Meta (Formerly Facebook)/Kustomer*, párrs. 150-152.

¹³² *Facebook Marketplace*, párrs. 419-434.

bastante amplia y de un nivel sostenido de interacción que genere datos útiles para la segmentación. Además, las barreras de entrada se ven reforzadas por los efectos de red, que favorecen la permanencia de los usuarios en aquellas plataformas con mayor alcance¹³³.

En consecuencia, la Comisión concluye que la publicidad gráfica en redes sociales y fuera de ellas constituyen mercados de producto distintos. Rechaza así la tesis de Meta, que defendía la existencia de un único mercado publicitario global. Para la Comisión, el hecho de que los anunciantes practiquen habitualmente el *multi-homing* o distribuyan su gasto entre varios canales no implica sustituibilidad, dado que cada canal presenta características, audiencias y objetivos propios dentro de las estrategias publicitarias¹³⁴.

En vista de lo anterior, puede observarse que, la definición del mercado de la publicidad gráfica en línea en plataformas de redes sociales revela una clara línea de continuidad con la práctica decisoria precedente de la Comisión. El análisis de sustituibilidad se apoya esencialmente en criterios cualitativos, sin recurrir a técnicas cuantitativas, a excepción de las referencias a la prueba SSNDQ, introducidas únicamente a raíz de su invocación por parte de Meta.

b. Dimensión geográfica

Según la Comisión, el mercado de la publicidad gráfica en línea en plataformas de redes sociales tiene un alcance nacional o regional, siguiendo las fronteras lingüísticas dentro del EEE¹³⁵. Esta aproximación se mantiene coherente con la práctica decisoria previa en materia de publicidad en línea¹³⁶.

La investigación de mercado realizada en este caso respalda dicha delimitación. La mayoría de los anunciantes encuestados indicaron que las campañas publicitarias *online* suelen diseñarse para mercados nacionales o regionales, mientras que solo una minoría señaló que, dependiendo del tipo de campaña, algunas empresas pueden adquirir espacio publicitario a una escala geográfica más amplia, ya sea a nivel del EEE o incluso mundial.

Asimismo, los anunciantes destacaron que las particularidades nacionales o lingüísticas, incluidas las culturales, como tradiciones, costumbres, creencias y actitudes de las personas, así como las regulatorias, influyen en el diseño de las campañas, que suelen adaptarse país por país, enfocándose en el mercado nacional¹³⁷.

Como se ha indicado respecto al mercado analizado en el apartado anterior¹³⁸, esta delimitación es coherente con las orientaciones de la Comunicación de 2024, que reconoce que, incluso en

¹³³ Facebook Marketplace, párr. 435.

¹³⁴ Facebook Marketplace, párrs. 438-454.

¹³⁵ Facebook Marketplace, párr. 555. Meta no impugnó esta conclusión (párr. 561).

¹³⁶ Google/DoubleClick, párrs. 83-84; Microsoft/Yahoo! Search Business, párrs. 91-93; Facebook/WhatsApp, párrs. 82-83; Microsoft/LinkedIn, párrs. 163-164; Apple/Shazam, párrs. 138-140; Google Search (AdSense), párrs. 203-217; Google/Fitbit, párrs. 158-160; Meta (Formerly Facebook)/Kustomer, párrs. 161-163.

¹³⁷ Facebook Marketplace, párrs. 557-558.

¹³⁸ Vid. *supra* apartado 2.2.b.

mercados digitales globalizados, factores culturales, normativos o lingüísticos pueden justificar la fijación de fronteras geográficas más restringidas¹³⁹.

2.4. El mercado de los servicios de anuncios clasificados en línea

Tras analizar los mercados relativos a los servicios de redes sociales personales y a la publicidad gráfica en línea, corresponde examinar el tercero y último mercado relevante identificado por la Comisión: el de los servicios de anuncios clasificados en línea u OCAS. Como se adelantó, este mercado no constituye uno de los lados de la plataforma Facebook, sino un servicio independiente de Meta¹⁴⁰, vinculado funcionalmente a su servicio de red social¹⁴¹. Su análisis reviste especial importancia, ya que permite comprender el núcleo de la conducta de vinculación (*tying*) objeto de sanción y, al mismo tiempo, ofrece una oportunidad para observar cómo la Comisión aplica su metodología de delimitación de mercados a plataformas que conectan a compradores y vendedores.

a. Dimensión de producto

i) Delimitación de un único mercado bilateral

La Comisión considera que los servicios de publicidad clasificada en línea constituyen un mercado relevante independiente¹⁴², aunque deja abierta la posibilidad de segmentaciones adicionales¹⁴³. En concreto, las plataformas de OCAS permiten a los vendedores publicar anuncios detallados –con fotografías, descripciones del producto o servicio, e información sobre precio, estado y localización– que los compradores pueden buscar y filtrar fácilmente por categorías. A diferencia de otros modelos de intermediación digital, la negociación y, en la mayoría de los casos, la transacción final se realiza directamente entre las partes, sin intervención del operador de la plataforma. De este modo, los OCAS se configuran como plataformas transaccionales, en las que el proveedor del servicio se limita a facilitar la interacción entre los distintos lados del mercado, mientras que son los propios usuarios quienes concluyen las transacciones.

¹³⁹ Comunicación, párr. 67.

¹⁴⁰ *Vid. supra* apartado 2.1.

¹⁴¹ Hasta la designación de Meta como guardián de acceso conforme al RMD, solo los usuarios con cuenta de Facebook podían interactuar con Facebook Marketplace (publicar ofertas, contactar con vendedores, etc.). Tras su designación, Meta ha habilitado el acceso a una versión independiente de Facebook Marketplace para usuarios desconectados, eliminando la pantalla de inicio de sesión y asegurando que se muestren correctamente los anuncios según la ubicación geográfica indicada por el usuario.

¹⁴² Esta delimitación se adecua a lo establecido en el caso *APW / GMG / EMAP*, en el que la Comisión identificó un mercado de publicidad clasificada en línea y analizó su posible distinción respecto de otros medios. *Vid.* la Decisión de la Comisión Europea, de 7 de marzo de 2008, asunto M.5051 – *APW / GMG / EMAP*, párrs. 26-28.

¹⁴³ *Facebook Marketplace*, párr. 545. En particular, la Comisión examinó la posible distinción entre plataformas horizontales (que abarcan múltiples categorías de productos) y verticales o especializadas (centradas en un único sector, como automoción, vivienda o empleo). Si bien identificó diferencias en el público objetivo, los servicios ofrecidos y las barreras de entrada, también constató elementos de sustituibilidad y competencia directa, por lo que dejó la cuestión abierta (párrs. 524-539). Asimismo, examinó la posible segmentación del mercado por categorías de producto, concluyendo que tampoco era necesario resolver esta cuestión para los fines de la Decisión (párrs. 540-544).

En este contexto, la Comisión opta por definir un único mercado bilateral, que integra tanto a vendedores como a compradores. Este planteamiento resulta coherente con la doctrina mayoritaria en materia de mercados de múltiples caras, que aboga por la definición de un solo mercado en el caso de plataformas de transacciones¹⁴⁴. Asimismo, se alinea con lo previsto en la nueva Comunicación sobre la definición del mercado, en la que se señala que la naturaleza transaccional o no transaccional de una plataforma es uno de los factores que deben tenerse en cuenta para decidir si procede delimitar uno o varios mercados¹⁴⁵.

No obstante, cabe señalar que, en la Decisión contra Meta, la Comisión no reconoce de forma expresa la naturaleza transaccional de las plataformas de OCAS, ni explica los motivos que la llevan a definir un único mercado bilateral. Aunque el razonamiento implícito sugiere que la interacción directa entre compradores y vendedores justifica dicha delimitación, hubiera sido deseable una mayor transparencia y fundamentación sobre este punto¹⁴⁶.

Además, la práctica decisoria de la Comisión no ha sido plenamente consistente. En otros asuntos, como el relativo al servicio de *marketplace* de Amazon, la Comisión reconoció que las plataformas de comercio electrónico atienden a dos grupos de usuarios: compradores y vendedores. En consecuencia, consideró que existían mercados de producto separados para cada lado de la plataforma¹⁴⁷. En concreto, definió como mercado relevante la prestación de servicios de mercado en línea a vendedores¹⁴⁸, considerando las restricciones competitivas derivadas del lado del consumidor únicamente en la fase de evaluación del poder de mercado¹⁴⁹.

Esta divergencia plantea interrogantes sobre la coherencia de la metodología seguida por la Comisión, dado que ambos casos implican plataformas transaccionales, es decir, que facilitan interacciones comerciales entre usuarios. Una posible explicación podría residir en el grado de intervención transaccional de cada servicio: mientras que los *marketplaces* suelen integrar plenamente el proceso de compraventa –incluyendo servicios adicionales, como el pago y la logística–, los OCAS se limitan a poner en contacto a las partes, sin participar en la ejecución de la transacción¹⁵⁰.

Con todo, incluso si esta diferencia funcional pudiera justificar la disparidad de enfoques, la Comisión debería haber ofrecido una mayor claridad respecto a los criterios empleados para determinar cuándo una plataforma transaccional debe analizarse como un único mercado bilateral (*single market approach*) o como varios mercados interrelacionados (*multi-market approach*). Esta omisión reduce la previsibilidad del análisis y dificulta la consolidación de una doctrina uniforme sobre la definición del mercado en presencia de plataformas multilaterales.

¹⁴⁴ Vid., por todos, FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, «Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice», *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 2, núm. 10, 2014, pp. 293 ss.

¹⁴⁵ Comunicación, párr. 95.

¹⁴⁶ Vid. *Facebook Marketplace*, párrs. 459-463 y 470. En dichos pasajes, la Comisión se limita a exponer el funcionamiento de los servicios de OCAS, sin aportar una justificación jurídica o económica que fundamente la opción de delimitar un único mercado relevante que abarque a ambos grupos de usuarios.

¹⁴⁷ Decisión de la Comisión Europea, de 20 de diciembre de 2022, asuntos AT.40462 – *Amazon Marketplace* y AT.40703 – *Amazon Buy Box*, párrs. 56-58 y 64.

¹⁴⁸ *Amazon Marketplace* y *Amazon Buy Box*, párrs. 66-73.

¹⁴⁹ *Amazon Marketplace* y *Amazon Buy Box*, párrs. 79, 88-91 y 94.

¹⁵⁰ Para un análisis más detallado sobre la comparación entre los OCAS y los *marketplaces*, vid. *infra* apartado 2.4.a, punto iv).

ii) Anuncios clasificados en línea vs. otros tipos de publicidad

La Comisión concluye que los OCAS conforman un mercado de producto diferenciado respecto de otros servicios de publicidad. En primer lugar, se distinguen de los anuncios clasificados fuera de línea, al pertenecer respectivamente al ámbito de la publicidad *online* y *offline*¹⁵¹.

En segundo lugar, considera que tampoco existe sustituibilidad entre los anuncios clasificados en línea y los anuncios en las búsquedas. Desde la perspectiva de la demanda, difieren en su finalidad y en el nivel de detalle de la información proporcionada. En cuanto a los modelos de negocio, los usuarios de los anuncios en buscadores son mayoritariamente anunciantes profesionales, mientras que los OCAS son utilizados tanto por vendedores particulares como profesionales. Desde la perspectiva de la oferta, ambos servicios requieren tecnologías distintas y no intercambiables. Las plataformas de OCAS deben recopilar y organizar información detallada para construir, categorizar correctamente y publicar los anuncios. Por lo tanto, no es probable que los proveedores de anuncios en buscadores puedan reasignar fácilmente sus recursos a corto plazo y comenzar a ofrecer anuncios clasificados. Hacer la transición inversa sería aún más difícil, ya que implicaría establecer un motor de búsqueda, lo cual requiere una gran inversión en tecnologías como rastreo web, indexación y algoritmos de coincidencia de consultas¹⁵².

De igual forma, concluye que los anuncios clasificados y los anuncios gráficos en línea no pertenecen al mismo mercado de producto. Desde el lado de la demanda, ambos persiguen finalidades distintas. Los OCAS facilitan la transacción entre comprador y vendedor, mientras que los anuncios gráficos buscan captar la atención del usuario para redirigirlo a otra página web. También difieren las estructuras de las plataformas. En las de OCAS, los anuncios clasificados son el contenido principal. Por el contrario, en las que albergan publicidad gráfica, los anuncios son accesorios al contenido editorial. Por último, desde la perspectiva de la oferta, para los editores de anuncios gráficos entrar en el mercado de los OCAS implicaría costes adicionales significativos, lo que limita la sustituibilidad entre ambos servicios¹⁵³.

iii) Anuncios clasificados en línea vs. servicios de venta minorista en línea

La Comisión concluye que los OCAS y los servicios de venta minorista en línea no pertenecen al mismo mercado de producto. Desde el punto de vista de la demanda, ambos persiguen finalidades distintas. Aunque en ambos casos el objetivo de los compradores es adquirir bienes o servicios, difieren en la variedad y naturaleza de los productos ofrecidos. Los minoristas en línea ofrecen principalmente productos nuevos, mientras que los OCAS incluyen tanto productos nuevos como usados, atrayendo fundamentalmente a vendedores particulares. Además, la localización del producto o servicio constituye un factor determinante en los OCAS, pero resulta irrelevante para el comercio minorista digital. Otra diferencia fundamental radica en el proceso de transacción,

¹⁵¹ Facebook Marketplace, párr. 464. Sobre la distinción entre publicidad en línea y fuera de línea, *vid. supra* apartado 2.3.a, punto i).

¹⁵² Facebook Marketplace, párrs. 465-478.

¹⁵³ Facebook Marketplace, párrs. 479-495.

que en los OCAS suele realizarse fuera de la plataforma, mientras que en el comercio minorista en línea se efectúa dentro de ella¹⁵⁴.

Por su parte, desde la perspectiva de la oferta, los modelos de negocio también son distintos. Los minoristas en línea poseen inventario y venden directamente a los consumidores, mientras que las plataformas de OCAS se limitan a ofrecer espacio publicitario, sin intervenir ni asumir riesgos comerciales¹⁵⁵.

Por todo ello, la Comisión rechaza la tesis de Meta de que compradores y vendedores utilizan indistintamente distintos canales para justificar un mercado más amplio. La mera coexistencia de varios canales de compraventa no basta para integrar todos estos servicios en un único mercado relevante, dada la diversidad de usos, estructuras y modelos de negocio¹⁵⁶.

iv) Anuncios clasificados en línea vs. mercados en línea

De igual modo, la Comisión concluye que los OCAS y los mercados en línea (*marketplaces*), como Amazon o eBay, no pertenecen al mismo mercado de producto. Desde la perspectiva de la demanda, aunque ambos tipos de plataformas permiten la compraventa de bienes, la naturaleza de los productos y el funcionamiento de los servicios difieren. Los mercados en línea se orientan principalmente a la venta de artículos nuevos, mientras que los OCAS concentran su actividad en bienes usados. Además, ciertos tipos de bienes –como automóviles o inmuebles, que constituyen las principales categorías verticales de los OCAS, es decir, segmentos centrados en un tipo concreto de producto– no están disponibles en los *marketplaces*.

Estas diferencias se reflejan también en las funcionalidades que ofrecen las plataformas. Los mercados en línea suelen prestar servicios adicionales, tales como la facilitación de la transacción, el pago, las subastas o el envío; mientras que los OCAS, por lo general, se limitan a poner en contacto a compradores y vendedores. En particular, en aquellos segmentos donde la interacción presencial entre las partes o la inspección previa del producto resultan esenciales, los OCAS no ofrecen funciones transaccionales integradas. Aunque la Comisión reconoce una tendencia de algunos proveedores de OCAS a ampliar su gama de servicios, la mayoría indicó que no ofrecían servicios de envío ni otras funcionalidades propias de los *marketplaces*. Ello explica que la ubicación geográfica constituya un parámetro relevante en los OCAS, pero no en los mercados en línea, donde las transacciones se completan íntegramente *online*. Asimismo, estos últimos mantienen una relación contractual más estrecha con los vendedores, la cual es necesaria para permitir la conclusión de la transacción dentro de la propia plataforma¹⁵⁷.

En cuanto a la sustituibilidad desde el lado de la oferta, la mayoría de los proveedores de OCAS declaró no ofrecer ni tener previsto ofrecer servicios de mercado en línea en un horizonte de cinco años¹⁵⁸. Sobre esta base, la Comisión rechaza los argumentos de Meta, que defendía un mercado más amplio basándose en tres aspectos: i) el uso combinado de distintos canales por parte de compradores y vendedores; ii) la incorporación de funciones transaccionales en algunas

¹⁵⁴ Facebook Marketplace, párrs. 496-505.

¹⁵⁵ Facebook Marketplace, párr. 506.

¹⁵⁶ Facebook Marketplace, párrs. 507-508.

¹⁵⁷ Facebook Marketplace, párrs. 510-518.

¹⁵⁸ Facebook Marketplace, párr. 519.

plataformas de OCAS; y iii) la distinta proporción de artículos nuevos y usados no es una razón para separar los mercados en línea de los OCAS. Según la Comisión, ninguno de estos elementos justifica ampliar la definición del mercado. La mera coexistencia de canales de compraventa no demuestra la existencia de un mercado más amplio que abarque todos esos servicios. Del mismo modo, la creciente convergencia funcional entre plataformas no elimina las diferencias relativas a la naturaleza de los bienes, las funcionalidades disponibles y la estructura de la oferta. Además, la autoridad europea considera que la naturaleza de los bienes comercializados constituye un factor relevante, aunque no el único, para explicar el uso diferenciado de cada tipo de plataforma¹⁵⁹.

A la luz de lo anterior, puede apreciarse que, al igual que en la definición de los otros mercados de referencia, la Comisión fundamenta su delimitación en consideraciones cualitativas, sin recurrir a técnicas cuantitativas ni evidencia empírica que podrían haber aportado mayor robustez al examen de la sustituibilidad.

b. Dimensión geográfica

En cuanto al alcance geográfico, la Comisión concluye que los mercados de OCAS son de ámbito nacional¹⁶⁰. La investigación de mercado evidenció que las diferencias lingüísticas desempeñan un papel decisivo, lo que explica que los proveedores ofrezcan sitios adaptados a cada país y en distintas versiones idiomáticas. La propia naturaleza de los anuncios clasificados refuerza esta definición, pues su función principal es poner en contacto a compradores y vendedores, para quienes la ubicación de los bienes o servicios anunciados resulta un factor esencial.

A ello se suman factores culturales y regulatorios que introducen particularidades en cada Estado miembro, así como un panorama competitivo fragmentado, donde la mayoría de los operadores desarrollan su actividad con un enfoque estrictamente nacional. Si bien la expansión transfronteriza es posible, requiere superar importantes barreras de entrada, como el reconocimiento de marca, la captación de una base de clientes y de inventario suficiente, la adaptación a las preferencias locales, la prestación del servicio en otro idioma y el establecimiento de una presencia física en el país de destino. Estas exigencias se ven reforzadas por obstáculos culturales, técnicos y comerciales, que en la práctica limitan la entrada en otros países.

Por último, aunque algunos operadores señalaron que el marco jurídico dentro del EEE no presenta diferencias significativas, otros destacaron la existencia de requisitos nacionales específicos, lo que refuerza aún más el carácter nacional de estos mercados¹⁶¹. Así pues, en línea con lo observado en otros mercados analizados, las condiciones de competencia difieren sensiblemente entre países, lo que justifica una delimitación geográfica más restringida¹⁶².

3. El cálculo de las cuotas de mercado de Meta

¹⁵⁹ Facebook Marketplace, párrs. 520-523.

¹⁶⁰ Facebook Marketplace, párr. 562. En este mismo sentido, APW / GMG / EMAP, párr. 29.

¹⁶¹ Facebook Marketplace, párrs. 564-569.

¹⁶² Vid. *supra* apartados 2.2.b y 2.3.b.

La Comisión concluye que Meta ostenta una posición dominante en el mercado de los servicios de redes sociales personales –incluidas las plataformas híbridas– a nivel del EEE¹⁶³, así como en cada mercado nacional de publicidad gráfica en línea en plataformas de redes sociales dentro de dicho ámbito¹⁶⁴.

Aunque el examen detallado de la posición de dominio de Meta excede el objeto de este trabajo, conviene detenerse en la cuestión del cálculo de las cuotas de mercado. Esta elección se justifica porque la nueva Comunicación sobre la delimitación del mercado dedica un apartado a esta cuestión, introduciendo orientaciones novedosas para los mercados digitales¹⁶⁵. Por ello, el presente apartado del artículo examina de qué manera se aplican dichas directrices en la Decisión contra Meta.

3.1. Dificultades en la medición de las cuotas de mercado en la esfera digital

El cálculo de las cuotas de mercado en el ámbito digital plantea dos desafíos principales. El primero es la falta de claridad sobre qué parámetros utilizar, ya que las métricas tradicionales, como el volumen de ventas, no siempre resultan aplicables o proporcionan información adecuada sobre el poder de mercado de las empresas digitales¹⁶⁶.

En este sentido, la nueva Comunicación reconoce expresamente la posibilidad de emplear parámetros alternativos, más adecuados a la lógica de funcionamiento de los mercados digitales. Entre ellos se incluyen métricas de uso, tales como el número de usuarios, la cantidad de visitas a un sitio web o retransmisiones, el tiempo de permanencia o las cifras de audiencia, el número de descargas y actualizaciones, el número de interacciones o el volumen y valor de las operaciones realizadas a través de una plataforma¹⁶⁷.

No obstante, la Comunicación no determina en qué contextos resulta más apropiado cada uno de estos parámetros, dejando margen a una apreciación caso por caso. Ello refuerza la idea de que la evaluación del poder de mercado en el entorno digital requiere un análisis flexible y orientado a la realidad económica del mercado.

El segundo desafío deriva del carácter dinámico y cambiante de los mercados digitales, donde las cuotas pueden fluctuar con rapidez como consecuencia de la innovación tecnológica y de los cambios en las preferencias de los usuarios¹⁶⁸. A este respecto, se ha subrayado en distintos asuntos –entre ellos *Facebook Marketplace*– que, en sectores caracterizados por un rápido crecimiento y ciclos de innovación cortos, unas cuotas de mercado elevadas pueden resultar efímeras y no necesariamente reveladoras de una posición dominante¹⁶⁹.

¹⁶³ *Facebook Marketplace*, sección 6.3.

¹⁶⁴ *Facebook Marketplace*, sección 6.4.

¹⁶⁵ Para un análisis de las directrices de la nueva Comunicación sobre esta materia, *vid.*, entre otros, AIDO VÁZQUEZ, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, núm. 45, 2025, pp. 57-58.

¹⁶⁶ MANDRESCU, *European Competition Law Review*, vol. 44, núm. 8, 2024, p. 367.

¹⁶⁷ Comunicación, párr. 108.

¹⁶⁸ MANDRESCU, *European Competition Law Review*, vol. 44, núm. 8, 2024, p. 367.

¹⁶⁹ En este sentido, *vid.* Decisión *Facebook/WhatsApp*, párr. 99; *Apple/Shazam*, párr. 162; así como la Sentencia del Tribunal General de la UE, de 11 de diciembre de 2013, *Cisco Systems, Inc. y Messagenet SpA contra Comisión Europea*, asunto T-79/12, ECLI:EU:T:2013:635, párr. 69.

Sin embargo, esta circunstancia no excluye la aplicación de las normas de competencia y, en particular, del artículo 102 TFUE. En efecto, cuando el mercado no muestra signos de inestabilidad durante el periodo analizado, unas cuotas elevadas y persistentes pueden constituir un indicador significativo del poder de mercado¹⁷⁰.

Al mismo tiempo, el carácter dinámico de los mercados digitales ha llevado tanto a la Comisión como a la doctrina a subrayar que la evaluación de la posición dominante no puede basarse exclusivamente en las cuotas de mercado, sino que debe complementarse con el análisis de otros factores que influyen en las condiciones competitivas del mercado. En particular, resulta necesario analizar las posibles limitaciones técnicas o económicas que dificulten a los usuarios cambiar de proveedor¹⁷¹, incluidos los costes de cambio (*switching costs*) o los obstáculos derivados de la interoperabilidad, así como otros elementos que permitan apreciar la capacidad de una empresa para actuar con independencia de sus competidores y clientes.

Entre estos elementos destacan, por ejemplo, la ausencia de poder compensatorio por parte de la demanda y la existencia de barreras de entrada o expansión en el mercado de referencia. Estas barreras pueden derivarse de diversos elementos, como la necesidad de realizar inversiones de capital muy elevadas, la presencia de externalidades de red que incrementan el valor del servicio a medida que aumenta el número de usuarios, las economías de escala de las que los nuevos entrantes no pueden beneficiarse de forma inmediata o los propios costes de acceso al mercado¹⁷². A ello se añade, en muchos mercados digitales, la ventaja competitiva derivada del acceso privilegiado a grandes volúmenes de datos y de la capacidad de explotarlos mediante algoritmos y sistemas de recomendación. En conjunto, estas circunstancias pueden reforzar o consolidar una posición económica que no siempre se refleja plenamente en las cuotas de mercado consideradas de forma aislada.

3.2. El enfoque aplicado en el caso *Facebook Marketplace*

En su Decisión contra Meta, la Comisión adopta un enfoque coherente con la naturaleza del mercado de los servicios de redes sociales personales, evaluando la posición de la empresa sobre la base del número de usuarios activos diarios (DAU) y mensuales (MAU)¹⁷³. Este criterio se

¹⁷⁰ *Google Search (Shopping)*, párr. 267; *Google Android*, párr. 435; *Google Search (AdSense)*, párr. 224; Decisión de la Comisión, de 4 de marzo de 2024, asunto AT.40437 – *Apple - App Store Practices (music streaming)*, párr. 332; *Facebook Marketplace*, párr. 576. En el mismo sentido, *vid.* la Sentencia del Tribunal General de la UE, de 30 de enero de 2007, *France Télécom SA contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto T-340/03, ECLI:EU:T:2007:22, párrs. 107-108.

¹⁷¹ *Google Search (Shopping)*, párr. 268; *Google Android*, párr. 437; *Google Search (AdSense)*, párr. 225; *Apple - App Store Practices (music streaming)*, párr. 333. *Vid.* también la Sentencia del Tribunal General de la UE, de 11 de diciembre de 2013, *Cisco Systems, Inc. y Messagenet SpA contra Comisión Europea*, asunto T-79/12, ECLI:EU:T:2013:635, párr. 73.

¹⁷² *Google Search (Shopping)*, párr. 269-270; *Google Android*, párr. 438; *Google Search (AdSense)*, párr. 227; *Apple - App Store Practices (music streaming)*, párr. 334; *Facebook Marketplace*, párr. 578.

¹⁷³ Existen varios métodos para calcular cuotas de mercado del mercado de servicios de redes sociales personales por volumen de uso. En este caso, la Comisión se basó en las métricas de usuarios activos diarios (DAU) y usuarios activos mensuales (MAU). Los usuarios activos diarios se definen como el número de visitantes únicos que han iniciado sesión en una plataforma determinada al menos una vez en un día. Los MAU se definen como el número de visitantes únicos que han iniciado sesión en una plataforma al menos una vez en el mes correspondiente (*Facebook Marketplace*, párr. 584).

justifica por el hecho de que el servicio se ofrece gratuitamente en el lado del usuario, de modo que el volumen de uso refleja de manera más precisa el poder de mercado de la plataforma¹⁷⁴.

No se trata del primer caso en que la Comisión recurre a métricas basadas en volumen en lugar de en valor económico, especialmente en servicios digitales sin coste monetario para los usuarios¹⁷⁵. En particular, en el ámbito de las redes sociales, la Comisión ya había utilizado anteriormente parámetros alternativos para evaluar el poder de mercado¹⁷⁶. No obstante, el caso *Facebook Marketplace* supone la primera aplicación del artículo 102 TFUE a plataformas de redes sociales personales, y desarrolla de forma más detallada la postura de la Comisión sobre la medición del poder de mercado mediante el número de usuarios activos diarios y mensuales¹⁷⁷.

A juicio de la Comisión, las métricas relativas al número de DAU y MAU constituyen un indicador más sólido que el tiempo de permanencia, ya que permiten captar con mayor precisión la intensidad de los efectos de red y el alcance real de la plataforma. En mercados caracterizados por fuertes externalidades de red, el tamaño de la base de usuarios resulta determinante para atraer a nuevos consumidores y reforzar el atractivo del servicio, tanto para los propios usuarios como para los anunciantes. Desde esta perspectiva, el número de usuarios activos constituye una medida adecuada para aproximarse a la posición competitiva de una red social¹⁷⁸.

Por el contrario, la autoridad europea considera que la métrica del tiempo de uso presenta ciertas limitaciones. En primer lugar, la duración del uso del servicio no refleja necesariamente la calidad o intensidad de la interacción del usuario. Muchos usuarios consumen contenido de forma pasiva o acceden a información que no es de su interés, de modo que pueden permanecer largos periodos en la plataforma sin generar una interacción significativa. En segundo lugar, las distintas redes sociales y plataformas híbridas presentan objetivos y patrones de uso heterogéneos. Algunas, como los servicios de *streaming* o de vídeo, tienden a fomentar sesiones de uso más prolongadas, mientras que otras, orientadas a la comunicación social o a interacciones rápidas, se caracterizan por un patrón de uso más breve. En consecuencia, el tiempo de permanencia puede ofrecer una imagen distorsionada de la intensidad competitiva entre plataformas¹⁷⁹.

¹⁷⁴ En el mismo expediente, la Comisión midió la cuota de mercado de Meta en los mercados nacionales de publicidad gráfica en línea en plataformas de redes sociales en función de los ingresos publicitarios, dado que en este caso no se trataba de un servicio gratuito (*Facebook Marketplace*, párrs. 676-683).

¹⁷⁵ Así, por ejemplo, en *Microsoft/Yahoo! Search Business*, respecto al lado de los usuarios en el mercado de las búsquedas en Internet, las cuotas de mercado se midieron por el volumen de consultas (párrs. 112-130). En *Google Search (Shopping)*, la Comisión consideró el número de visitas a los motores de búsqueda genéricos en el EEE (párrs. 273-284). En *Google Android*, las cuotas de mercado de las distintas tiendas de aplicaciones Android se calcularon según el número de aplicaciones descargadas (párrs. 591-593). En *Google Search (AdSense)*, las cuotas de mercado de Google en los mercados nacionales de publicidad en búsquedas en línea se calcularon en función de los ingresos brutos y el volumen de búsquedas (párrs. 231-238).

¹⁷⁶ En *Facebook/WhatsApp*, la cuota de mercado combinada de Facebook Messenger y WhatsApp en el mercado de las aplicaciones de comunicaciones en smartphones iOS y Android se calculó en función de los datos de alcance, es decir, el porcentaje de usuarios que han utilizado una aplicación durante más de 30 días (párrs. 95-98). En *Microsoft/LinkedIn*, las cuotas de mercado se evaluaron considerando el tráfico de escritorio (párrs. 285-286, 353).

¹⁷⁷ En otros casos relacionados con mercados digitales, la Comisión ha recurrido también al número de usuarios activos para medir las cuotas de mercado. Vid. *Microsoft/Skype*, párrs. 78-80; *Google/Fitbit*, párrs. 360, 369 y 373; *Apple/Shazam*, párrs. 164-165.

¹⁷⁸ *Facebook Marketplace*, párr. 583.

¹⁷⁹ *Facebook Marketplace*, párrs. 599-601.

Sobre esta base, la Comisión concluye que Meta ha mantenido, al menos desde 2017, una cuota muy elevada y estable en el mercado de los servicios de redes sociales personales, incluso cuando el cálculo incorpora las plataformas híbridas dentro de dicho mercado. Esta estabilidad prolongada en un entorno caracterizado por una intensa innovación tecnológica y por el dinamismo del sector constituye, según la autoridad europea, un indicio claro de la posición dominante de la empresa¹⁸⁰.

En definitiva, el razonamiento seguido en este asunto no solo se ajusta a las orientaciones de la Comunicación de 2024, sino que las concreta en el contexto específico de los servicios digitales basados en la interacción social. Así, el caso *Facebook Marketplace* contribuye a clarificar la postura de la Comisión en materia de redes sociales, al establecer que el parámetro más adecuado para medir la cuota de mercado en este tipo de servicios no es el valor económico de las transacciones, sino el volumen de uso, expresado a través del número de usuarios activos (DAU/MAU).

Sin embargo, el debate sobre los indicadores más apropiados para medir el poder de mercado en estos servicios no parece estar cerrado. La cuestión ha sido objeto de atención en el litigio seguido en Estados Unidos contra Meta, en cuya resolución, el Tribunal del Distrito de Columbia adoptó un enfoque parcialmente distinto. A juicio de este órgano, el tiempo total dedicado constituye la mejor medida disponible para estimar la cuota de mercado en el ámbito de las redes sociales.

Según el Tribunal norteamericano, esta métrica evita la doble contabilización que puede ocurrir al utilizar el número de usuarios, pues la mayoría de los usuarios practican el *multi-homing*, es decir, utilizan simultáneamente varias aplicaciones. Además, el tiempo de permanencia permite captar con mayor precisión la intensidad real del uso de cada servicio, y guarda una relación directa con el modelo de negocio basado en publicidad que caracteriza a estas plataformas, en la medida en que un mayor tiempo de permanencia permite mostrar un mayor número de anuncios y, por tanto, generar mayores ingresos. El Tribunal destaca asimismo que las propias empresas del sector utilizan el tiempo de permanencia como indicador principal de éxito competitivo, lo que refuerza su idoneidad¹⁸¹.

No obstante, la resolución reconoce que el tiempo dedicado tampoco es una medida perfecta del poder de mercado. En particular, en línea con lo apuntado por la Comisión en *Facebook Marketplace*, se advierte que este parámetro puede sobredimensionar la importancia competitiva de determinados servicios cuyos formatos requieren un mayor tiempo de consumo –como, por ejemplo, las plataformas de entretenimiento en vídeo– frente a otros basados en interacciones más breves. Por esta razón, el Tribunal contrasta el tiempo de uso con otros indicadores, como

¹⁸⁰ Además de sus elevadas cuotas de mercado, la Comisión identificó otros elementos que refuerzan la posición dominante de Meta en el mercado de los servicios de redes sociales personales: i) la existencia de barreras a la entrada y expansión (*Facebook Marketplace*, párrs. 608-646); ii) la ausencia de poder compensatorio de negociación por parte de los usuarios finales (párrs. 647-660); y iii) la falta de restricciones competitivas significativas desde el lado publicitario de la plataforma (párrs. 661-664). La Comisión también rechazó el argumento de Meta de que el *multi-homing* reducía su poder de mercado, al considerar que muchos de los ejemplos aportados (YouTube, Netflix, Amazon, etc.) correspondían a mercados distintos y que, aun cuando los usuarios utilizan varias plataformas, esto no contrarresta los efectos de red de Meta, que limitan la capacidad competitiva de las empresas rivales (párrs. 665-674).

¹⁸¹ Opinión Meta, pp. 82-84.

el número de DAU y MAU¹⁸², que funcionan como métricas de verificación, y no como parámetros principales.

De acuerdo con estas consideraciones, la experiencia comparada sugiere que debe actuarse con cautela al medir las cuotas en los mercados digitales en que las empresas compiten por captar la atención de los usuarios. Ninguna métrica aislada permite captar plenamente el poder de mercado de las plataformas, por lo que resulta aconsejable evitar una simplificación excesiva del análisis. Así pues, parece razonable combinar distintos indicadores de uso –como el tiempo de permanencia y el número de usuarios activos– y valorar sus resultados conjuntamente.

Asimismo, estas métricas deben interpretarse a la luz de otros elementos relevantes para la evaluación del poder de mercado, como la existencia de barreras a la entrada o expansión derivadas del acceso privilegiado a grandes volúmenes de datos, los efectos de red, los costes de cambio que afrontan los usuarios o la dependencia de los anunciantes respecto de determinadas plataformas. Solo mediante una evaluación conjunta de estos factores es posible obtener una visión más completa y realista del poder de mercado en los entornos digitales.

4. Conclusiones

El caso *Facebook Marketplace* representa un hito en la aplicación del artículo 102 TFUE a los nuevos ecosistemas digitales de plataforma, ofreciendo importantes enseñanzas sobre la delimitación del mercado relevante y la evaluación del poder de mercado. En este ámbito, la definición del mercado sigue siendo un paso esencial para la aplicación de la normativa de competencia, aun cuando las características de los mercados digitales obliguen a replantear los criterios clásicos de análisis.

En particular, la Decisión aborda muchos de los retos que plantea la definición del mercado relevante en el entorno digital. Aunque buena parte de sus razonamientos se mantienen en línea con la práctica decisoria y la jurisprudencia previas, la Comisión también matiza y desarrolla las orientaciones de la nueva Comunicación sobre la definición del mercado, aplicándolas de manera concreta a un modelo de negocio basado en la interacción social y la explotación de datos personales.

En primer lugar, la Decisión afronta el desafío de determinar cuántos mercados deben definirse en el caso de plataformas multilaterales que ofrecen una amplia variedad de servicios distintos pero interconectados. La Comisión opta por definir un mercado separado para cada servicio ofrecido por Meta, aunque tiene en cuenta la naturaleza multifacética de la plataforma y las interdependencias entre los distintos lados del mercado. El caso demuestra que los enfoques de mercado único y de múltiples mercados no son necesariamente excluyentes, sino que pueden combinarse en función de la naturaleza de los servicios digitales analizados.

En segundo lugar, en la delimitación de los mercados relevantes de producto, la Comisión recurre a parámetros no monetarios para valorar la sustituibilidad desde la perspectiva de la demanda y de la oferta. Las características funcionales, los propósitos de uso y el comportamiento de los usuarios adquieren así un papel central en el análisis. Este enfoque refuerza la tendencia hacia

¹⁸² Opinión Meta, pp. 84-88.

un mayor peso de las técnicas cualitativas en la evaluación de los mercados digitales, en los que el precio deja de ser el parámetro competitivo principal.

La Comisión introduce además la categoría de *plataformas híbridas*, incluyéndolas en el mercado de los servicios de redes sociales personales. El caso sienta así un precedente significativo, al reconocer que la convergencia funcional entre servicios digitales debe ser tenida en cuenta en la delimitación de los mercados. Sin embargo, también deja abierta la cuestión de cómo evaluar la sustituibilidad en un entorno caracterizado por la constante aparición de modelos híbridos y funciones convergentes, lo que podría complicar futuros análisis de competencia.

Asimismo, en el ámbito de las plataformas de redes sociales, la Decisión introduce una novedad significativa al rechazar la existencia de un mercado de la atención de los usuarios, criterio que, de haberse aceptado, habría ampliado de forma sustancial el mercado de referencia. Este posicionamiento refuerza la necesidad de basar la definición del mercado en la existencia de una sustitución razonable entre productos, y no en la mera competencia por el tiempo o la atención de los usuarios.

En tercer lugar, la Decisión realiza una aportación relevante en materia de aplicación del test SSNDQ como alternativa al clásico análisis SSNIP. La Comisión reconoce la utilidad de este instrumento, al mismo tiempo que introduce matices importantes sobre su aplicación. En particular, advierte del riesgo de incurrir en la denominada falacia del celofán y de la necesidad de que la reducción de la calidad considerada sea lo suficientemente pequeña, pero significativa, para reflejar adecuadamente la sustituibilidad desde el lado de la demanda. No obstante, la Comisión no aprovecha plenamente la oportunidad de resolver las dudas existentes sobre esta materia, dejando abiertas cuestiones metodológicas relativas a la forma más adecuada de aplicar esta prueba en la práctica.

En cuarto lugar, la Decisión también arroja luz sobre la dimensión geográfica de los mercados digitales. Aunque estas plataformas tienden a operar a escala global, la Comisión demuestra que factores culturales, lingüísticos o normativos pueden justificar la definición de mercados nacionales o regionales. Este enfoque evita caer en generalizaciones excesivas sobre la naturaleza global de los mercados digitales.

Por último, la Decisión ofrece orientaciones valiosas sobre el cálculo de las cuotas de mercado. Pese a la naturaleza dinámica y cambiante de los mercados digitales, la Comisión considera que las cuotas elevadas y sostenidas de Meta a lo largo del tiempo constituyen un indicador fiable de su poder de mercado. Asimismo, reafirma que, en los servicios ofrecidos de forma gratuita, resulta más adecuado medir la cuota en función del volumen de uso que del valor económico de las transacciones. En el caso de las redes sociales, este enfoque se concreta en el análisis del número de usuarios activos diarios (DAU) y mensuales (MAU), parámetros que reflejan con mayor precisión la intensidad de los efectos de red, el grado de dependencia de los usuarios y el atractivo de la plataforma para los anunciantes.

En conjunto, el caso *Facebook Marketplace* contribuye a modernizar la metodología de definición del mercado y a adaptar las herramientas analíticas a la realidad económica de las plataformas digitales. Las enseñanzas derivadas de esta Decisión constituyen un referente tanto para la práctica decisoria como para la investigación académica, facilitando la convergencia entre el análisis jurídico y la comprensión económica de los mercados digitales. Dado que Meta ha

interpuesto recurso contra la resolución, corresponderá ahora al Tribunal General de la UE determinar la evolución de esta práctica y consolidar, o eventualmente matizar, las líneas interpretativas aquí abiertas, lo que marcará el rumbo de la futura aplicación del Derecho de la competencia en el entorno digital.

5. Bibliografía

AIDO VÁZQUEZ, Ana María, «Nuevas orientaciones sobre la definición del mercado relevante en la era digital: un análisis del proceso de revisión de la Comunicación de la Comisión Europea», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, núm. 45, 2025, pp. 35 ss.

AIDO VÁZQUEZ, Ana María, «La delimitación de los mercados digitales: una aproximación a la nueva Comunicación de la Comisión Europea», en TATO PLAZA, Anxo/COSTAS COMESAÑA, Julio/FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo/TORRES PÉREZ, Francisco/LOUREDO CASADO, Sara (coords.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial e Intelectual IV*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 27 ss.

COMISIÓN EUROPEA, «Evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law of 9 December 1997», 2021.

COMISIÓN EUROPEA, «Support study accompanying the evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law», Publications Office of the European Union, 2021.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, «Estudio sobre las condiciones de competencia en el sector de la publicidad online en España», E/CNMC/002/19, 2021.

COUTO CALVIÑO, Roberto, «Parámetros no monetarios para la determinación de mercados de referencia en la economía digital y su admisibilidad», en TATO PLAZA, Anxo/COSTAS COMESAÑA, Julio/FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo/TORRES PÉREZ, Francisco/LOUREDO CASADO, Sara (dirs.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial V*, Atelier, Barcelona, 2026, pp. 75 ss.

CRÉMER, Jacques/DE MONTJOYE, Yves-Alexandre/SCHWEITZER, Heike, «Competition Policy for the Digital Era», Publications Office of the European Union, 2019.

DÍEZ ESTELLA, Fernando, «Nuevas modalidades de abuso de dominio en los ecosistemas digitales de plataforma: análisis de jurisprudencia reciente», en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (dir.), *Anuario de Derecho de la competencia 2025*, Civitas, Madrid, 2025, pp. 167 ss.

DÍEZ ESTELLA, Fernando, «Prácticas anticompetitivas en los ecosistemas digitales de plataforma: del art. 102 TFUE a la DMA», en OLMEDO PERALTA, Eugenio/BENAVIDES VELASCO, Patricia (dirs.), *Ecosistemas digitales e industrias de red. Propuestas jurídicas para abrir mercados a la competencia*, Atelier, Barcelona, 2025, pp. 51 ss.

DÍEZ ESTELLA, Fernando, «La aplicación del Derecho de competencia en la era digital (Casos “Google, Facebook, Apple/Shazaam”, y el informe de la Comisión Europea de abril 2019)», en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (dir.), *Anuario de Derecho de la competencia 2019*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019, pp. 231 ss.

EBEN, Magali/ROBERTSON, Viktoria H.S.E., «Digital Market Definition in the EU, USA, and Brazil: Past, Present, and Future», *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 18, núm. 2, 2021, pp. 417 ss.

EVANS, David S., «Attention Rivalry among Online Platforms», *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 9, núm. 2, 2013, pp. 313 ss.

EVANS, David S., «The Antitrust Economics of Free», *Competition Policy International*, vol. 7, núm. 1, 2011, pp. 71 ss.

EVANS, David S., «The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets», *Yale Journal on Regulation*, vol. 20, núm. 2, 2003, pp. 325 ss.

FILISTRUCCHI, Lapo/GERADIN, Damien/VAN DAMME, Eric/AFFELDT, Pauline, «Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice», *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 2, núm. 10, 2014, pp. 293 ss.

FILISTRUCCHI, Lapo/GERADIN, Damien/VAN DAMME, Eric, «Identifying Two-Sided Markets», *TILEC Discussion Paper*, núm. 2012-008, 2012, pp. 1 ss.

FRANCK, Jens-Uwe/PEITZ, Martin, «Market Definition in the Platform Economy», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 23, 2021, pp. 91 ss.

KALESNÁ, Katarína, «Attention Markets and European Competition Law», *European Studies – the Review of European law, Economics and Politics*, vol. 9, núm. 2, 2022, pp. 234 ss.

KNAPSTAD, Tone, «Digital dominance: assessing market definition and market power for online platforms under Article 102 TFEU», *European Competition Journal*, vol. 20, núm. 2, 2024, pp. 412 ss.

MANDRESCU, Daniel, «Facebook Marketplace: A Textbook Landmark Case For the Enforcement of EU Competition Law in the Digital Economy», *Kluwer Competition Law Blog*, disponible en: <https://legalblogs.wolterskluwer.com/competition-blog/facebook-marketplace-a-textbook-landmark-case-for-the-enforcement-of-eu-competition-law-in-the-digital-economy/>, 2025.

MANDRESCU, Daniel, «The Commission Notice on the Definition of the Relevant Market and Multi-sided Digital Platforms: Small but Important Steps Forward», *European Competition Law Review*, vol. 44, núm. 8, 2024, pp. 359 ss.

MANDRESCU, Daniel, «The application of (EU) competition law to online platforms: reflections on the definition of the relevant market(s)», *World Competition*, vol. 41, núm. 3, 2018, pp. 453 ss.

MANDRESCU, Daniel, «The SSNIP test and zero pricing strategies: considerations for online platforms», *European Competition and Regulatory Review*, vol. 2, núm. 4, 2018, pp. 244 ss.

MONTERO PASCUAL, Juan José, *El Reglamento de Mercados Digitales. La regulación de las grandes plataformas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

NEWMAN, John M., «Antitrust in Attention Markets: Definition, Power, Harm», *University of Miami Legal Studies Research Paper*, núm. 3745839, 2020, pp. 1 ss.

NEWMAN, John M., «Antitrust in Zero-Price Markets: Applications», *Washington University Law Review*, vol. 94, 2016, pp. 49 ss.

OCDE, «Integrating Consumer Behaviour Insights in Competition Enforcement», *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, núm. 282, 2022.

OCDE, «Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms», OECD Publishing, 2018.

OCDE, «Defining geographic markets across national borders», *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, núm. 194, 2016.

OCDE, «The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis: Key findings, summary and notes», *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, núm. 141, 2013.

ROBERTSON, Viktoria H.S.E., «Antitrust Market Definition in Times of Change: The New Market Definition Notice 2024», *Concurrences*, e-Competitions Special Issue Market definition núm. 117126, 2024, pp. 1 ss.

ROBERTSON, Viktoria H.S.E., *Competition Law's Innovation Factor: The Relevant Market in Dynamic Contexts in the EU and the US*, Hart, Oxford, 2020.

ROBERTSON, Viktoria H.S.E., «Delineating Digital Markets Under EU Competition Law: Challenging or Furtile?», *The Competition Law Review*, vol. 12, núm. 2, 2017, pp. 131 ss.

ROCHET, Jean-Charles/TIROLE, Jean, «Platform Competition in Two-Sided Markets», *Journal of the European Economic Association*, vol. 1, núm. 4, 2003, pp. 990 ss.

SOLANO DÍAZ, Pablo, «La Decisión de la Comisión Europea en el asunto Google Search. La última frontera del Derecho de la competencia», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 46, 2017, pp. 96 ss.

SOUSA FERRO, Miguel, *Market Definition in EU Competition Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019.

WU, Tim, «Blind Spot: The Attention Economy and the Law», *Antitrust Law Journal*, vol. 82, núm. 3, 2019, pp. 771 ss.

Josep Oriol Llebot Majó
Universitat de Girona

-

Sumario

-

En este trabajo se analizan las formas organizativas válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública en el ordenamiento jurídico español. Para esto es preciso primero poner de manifiesto que los poderes públicos despliegan actividades económicas en virtud de una pluralidad y diversidad de habilitaciones entre las que se encuentra la potestad de iniciativa económica pública. La característica fundamental de esta potestad reside en que las actividades económicas desplegadas por los poderes públicos han de llevarse a cabo sujetas al mismo marco legal y condiciones que los particulares. Esta característica se condensa en el principio de neutralidad competitiva que comprende todo el marco legal y condiciones al que están sujetos los poderes públicos en el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública y cuyo fundamento normativo es posible situarlo en la propia CE y en el TUE y el TFUE. La aplicabilidad del principio de neutralidad competitiva a las formas de organización que están a disposición de los poderes públicos nos permite deslindar entre todas las únicas que pueden ser válidamente adoptadas. Establecido así el marco jurídico de análisis a continuación se estudian las disposiciones que tanto en el ámbito estatal como en el autonómico y el local contienen el régimen de las formas organizativas a disposición de los poderes públicos para el ejercicio de la iniciativa económica pública con la finalidad de mostrar la coherencia o no de estas con respecto al principio de neutralidad competitiva.

Abstract

-

In this paper, the valid organizational forms for the exercise of the power of public economic initiative within the Spanish legal system are analysed. To this end, it is first necessary to highlight that public authorities engage in economic activities based on a plurality and diversity of legal authorizations, among which is the power of public economic initiative. The fundamental characteristic of this power lies in the fact that the economic activities carried out by public authorities must be conducted subject to the same legal framework and conditions as those applicable to private individuals. This characteristic is encapsulated in the principle of competitive neutrality, which encompasses the entire legal framework and conditions to which public authorities are subject in the exercise of the power of public economic initiative, and whose normative foundation can be found in the Constitution itself, as well as in the TEU and the TFEU. The applicability of the principle of competitive neutrality to the organizational forms available to public authorities allows us to distinguish, among all possible forms, those that may be validly adopted. Having thus established the legal framework for analysis, the paper then examines the provisions, at the state, regional, and local levels, that set out the regime governing the organizational forms available to public authorities for the exercise of public economic initiative, with the aim of assessing whether they are consistent with the principle of competitive neutrality.

Title: Public economic initiative and neutrality of organizational forms

-

Palabras clave: Iniciativa económica pública, formas organizativas, principio de neutralidad competitiva

Keywords: *Public economic initiative, organizational forms, principle of competitive neutrality –*

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i2.03

2.2026

Recepción
23/02/2026

-

Aceptación
23/03/2026

-

1. Planteamiento
2. La pluralidad y diversidad de habilitaciones para el despliegue de actividades económicas por los poderes públicos
3. La caracterización de la potestad de iniciativa económica pública
4. El principio de neutralidad competitiva (par conditio concurrentium) en la iniciativa económica pública
5. La neutralidad de las formas organizativas para el ejercicio de la iniciativa económica pública
6. Las formas organizativas para el ejercicio de la iniciativa económica pública en el ámbito estatal
7. Las formas organizativas para el ejercicio de la iniciativa económica pública en el ámbito autonómico
8. Las formas organizativas para el ejercicio de la iniciativa económica pública el ámbito local
9. La polivalencia funcional de las formas organizativas válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública y el régimen especial
10. Bibliografía

-

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

1. Planteamiento*

La modificación del artículo 49.1 de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona¹, introducida por la Ley 3/2025, de 18 de marzo, de modificación de la Ley 22/1998, de la Carta municipal de Barcelona, ha comportado una alteración sustancial de su contenido normativo. El precepto ha dejado de disponer que «ordinariamente el ejercicio de la iniciativa municipal en la actividad económica debe adoptar la forma de sociedad mercantil con participación íntegra o parcial del Ayuntamiento, organismos autónomos, entidades y otras sociedades municipales» para establecer, en su nueva redacción, que «el ejercicio de la iniciativa municipal en la actividad económica debe adoptar ordinariamente la forma de alguna de las entidades a las que hace referencia el artículo 45.1.c». En virtud de esta modificación, la iniciativa económica municipal puede, con arreglo a la enumeración prevista en el citado artículo 45.1.c, adoptar indistintamente cualquiera de las formas siguientes i) organismos autónomos locales; ii) entidades públicas empresariales locales; iii) sociedades mercantiles municipales; iv) sociedades mercantiles pluripersonales, y v) cualesquiera otras formas jurídicas previstas en la legislación aplicable. Esta ampliación del abanico organizativo hace preciso replantear la cuestión de las formas organizativas de las que pueden servirse los poderes públicos para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública².

En el modelo de economía de mercado configurado por la CE los particulares participan ejerciendo el derecho de libertad de empresa reconocido en el primer inciso del artículo 38 CE pero también los poderes públicos pueden participar en el mercado mediante el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública otorgada directamente a éstos en el primer inciso del artículo 128.2 CE. No obstante, mientras el número de formas organizativas puestas a disposición de los particulares para desplegar empresas colectivas, ejerciendo no sólo el derecho de libertad de empresa sino también y simultáneamente el derecho de asociación³, no ofrece ninguna duda, en cambio, la legislación pertinente no traza una distinción precisa respecto de las formas organizativas que pueden adoptar los poderes públicos cuando participan en el mercado mediante la potestad de iniciativa económica pública, sino que, como acabamos de ver, pone a su disposición tanto formas organizativas propias de éstos como las previstas para la iniciativa económica privada para el ejercicio colectivo de actividades económicas por los particulares.

* Autor/a de contacto: Josep Oriol Llebot Majó (oriol.llebot@udg.edu).

¹ Vid., últimamente, sobre el régimen especial municipal de Barcelona, CASES PALLARES y AGUILA RECHA, “El régimen especial del Ayuntamiento de Barcelona”, *Cuadernos de Derecho Local*, 2023, págs., 199-230.

² Vid., por todos, LAGUNA DE PAZ, “La empresa pública: formas, régimen jurídico y actividades”; en PÉREZ MORENO (coord.): *Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, 1994, págs. 1191-1232, si bien aquí no tratamos de la empresa pública, con el significado que ha de darse a este concepto atendiendo a la noción de empresa establecida en el Derecho de la Unión Europea y a la noción de empresa pública que encontramos en el artículo 2.b de la Directiva 2006/111/CE (*id est*; cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico o de su modo de financiación, en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen), sino de las formas organizativas válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública que, sin duda, da lugar a la creación de empresas públicas pero esta última y también las nociones de patrimonio empresarial (expresión utilizada en el título VII de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas;) o sector público empresarial (artículo 3.2 Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria), son nociones más amplias, pues comprenden también el despliegue de actividades económicas constitutivas de empresa por los poderes públicos pero acogidas a una habilitación distinta de la prevista en el primer inciso del artículo 128.2 CE para la iniciativa económica pública.

³ Vid., por todos, PAZ-ARES/ALFARO, “Comentario al artículo 38”, en RODRIGUEZ-PIÑERO, CASAS BAHAMONDE (dirs.) *Comentarios a la Constitución española*, Tomo I, 2018, págs., 1247 y sigs.

La puesta a disposición de los poderes públicos de esta pluralidad y diversidad de formas organizativas pone de manifiesto que el significado y el alcance de la potestad de iniciativa económica pública todavía no están totalmente perfilados en los diferentes aspectos que comprende⁴. En este trabajo únicamente nos centraremos en el análisis de la disciplina vigente respecto al catálogo de formas organizativas puestas a disposición de las diversas administraciones públicas para el ejercicio de la iniciativa económica pública y su consistencia con el fundamento, significado y alcance de esta potestad. En concreto, trataremos, primero, de poner de manifiesto que los poderes públicos despliegan una pluralidad y diversidad de actividades económicas amparadas en una pluralidad y diversidad de habilitaciones y que no en todos los casos en que lo hacen ejercen la potestad de iniciativa económica pública, sino que a menudo lo hacen en concepto de servicios públicos económicos o personales, en virtud de una reserva legal o como manifestación de la potestad de autoorganización (2).

Establecidas las diversas habilitaciones que amparan las actividades económicas desplegadas por los poderes públicos, a continuación, llevamos a cabo una caracterización de la potestad de iniciativa económica pública para destacar los caracteres de las actividades económicas constitutivas del ejercicio de esta potestad (3), para, posteriormente, detenernos tanto en la exposición del significado del principio de neutralidad competitiva, como elemento caracterizador fundamental de la iniciativa económica pública, como también en el fundamento normativo del mismo que situamos tanto en la CE como en el TUE y el TFUE (4) y así poder poner de manifiesto por qué el significado de este principio se extiende también a las formas organizativas válidas para el ejercicio de esta potestad con el fin de garantizar que los poderes públicos desplieguen las actividades económicas en el mercado sujetos al mismo marco legal y en igualdad de condiciones que los particulares y así no distorsionen la competencia (5).

Por último, analizamos la coherencia con este principio de neutralidad competitiva de las formas organizativas previstas para el despliegue de la iniciativa económica pública tanto en la legislación estatal (6), en la que no encontramos una expresa distinción de las formas organizativas previstas para el desarrollo de actividades económicas en función del ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública, como en la autonómica (7), en la que en algún caso sí que encontramos esta distinción de forma implícita y, finalmente, también en la legislación local (8), que es en la que la distinción se encuentra más consolidada pero, a su vez, por eso mismo, más injustificada está la falta de diferenciación de las formas de organizativas.

2. La pluralidad y diversidad de habilitaciones para el despliegue de actividades económicas por los poderes públicos

Los diversos poderes públicos constituidos por la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local despliegan una pluralidad y diversidad de actividades económicas a través de organismos y entidades de Derecho público y de Derecho privado vinculadas o dependientes de esas Administraciones y que constituyen una pluralidad y diversidad de formas jurídicas organizativas. Lo que distingue esta pluralidad y diversidad de actividades económicas

⁴ La referida modificación del artículo 49.1 de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, por la Ley 3/2025, de 18 de marzo, de modificación de la Ley 22/1998, de la Carta municipal de Barcelona, constituye una prueba de esta falta de seguridad jurídica con respecto al significado y alcance de la potestad de iniciativa económica pública.

desplegadas por los poderes públicos no es su naturaleza pues, en todos los casos, se trata de actividades consistentes en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios, sino en la naturaleza y caracteres de la habilitación con que cuenta la respectiva administración pública para llevar a cabo la correspondiente actividad.

En una parte las actividades económicas desplegadas por los poderes públicos mediante organismos y entidades de Derecho público y de Derecho privado vinculadas o dependientes son constitutivas de servicios públicos en sentido formal, subjetivo y estricto y consisten en un conjunto de actividades prestacionales asumidas por o reservadas por ley a los poderes públicos para satisfacer necesidades colectivas de interés general que se caracterizan por prestarse en régimen de monopolio⁵, es decir, sin concurrir con la iniciativa privada en el desarrollo de estas actividades económicas y sujetas a un régimen exorbitante de Derecho público.

En otra parte las actividades económicas llevadas a cabo por los diferentes poderes públicos mediante organismos y entidades de Derecho público y de Derecho privado vinculadas o dependientes son constitutivas también de servicios públicos pero en sentido substantivo, objetivo y amplio⁶ y consisten en actividades que se caracterizan porque, a diferencia de las constitutivas de servicios públicos en sentido estricto, se prestan en concurrencia con los particulares que despliegan idénticas actividades económicas en el mercado pero con la

⁵ El ejemplo paradigmático de estos servicios públicos es en la actualidad la municipalización de actividades en régimen de monopolio ex artículos 26.1 y 47.2.k LBRL como el suministro de agua o el transporte urbano. Esto, no obstante, como es sabido, en los últimos años se ha producido un proceso de liberalización de muchos servicios públicos económicos tradicionales, proceso impuesto por el Derecho comunitario des el convencimiento de que el mercado puede garantizar las prestaciones propias de estos servicios públicos y que la competencia mejorara la cualidad y el precio de estos servicios. La liberalización supone eliminar la reserva legal de la actividad en favor de la Administración y la consiguiente devolución de esta al mercado. Esto es lo que se ha impuesto en servicios como la telefonía (Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones), televisiones (Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual i Ley 17 /2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal), servicios postales (Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal), suministro de gas (Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos) y electricidad (Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico), transportes (Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres; Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario), tabaco (Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria) y algunos servicios locales como los servicios funerarios (arts. 23 y 24 Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica) y mercados municipales (Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local). Ahora bien, éstos servicios no pierden la naturaleza de servicios de interés general y por esto, simultáneamente a su liberalización, el Derecho comunitario construye el concepto de servicio económico de interés general con el objeto de poder exceptuar las normas sobre competencia cuando sea necesario para alcanzar los fines de interés general inherentes a las actividades liberalizadas (cfr. art. 106 TFUE), excepciones que pueden consistir en regímenes de ayudas que alteren la competencia o la imposición de obligaciones de servicio público o de servicio universal a las empresas que los presten. En otro ámbito, la preocupación por conseguir unos niveles de prestación de servicios personales homogéneos dentro de la Unión Europea ha llevado a crear la categoría más amplia de servicios de interés general, comprensiva de los servicios económicos de interés general pero también de los servicios públicos personales o servicios de interés general no económicos que no están afectados por las normas del Derecho de la competencia (cfr. art. 2 Protocolo núm. 26 al TFUE).

⁶ Vid., sobre las distintas nociones de servicio público, por todos, ORTEGA BERNARDO, “Competencia, Servicios públicos y actividad económica de los municipios (Presupuestos actuales para su delimitación y su ejercicio)”, *Revista de Administración pública*, 169, 2006, págs., 55-98, y bibliografía citada; vid., también, PAREJO ALFONSO, “Servicios públicos y Servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 7, 2004, págs., 51-68.

diferencia de que, al igual que las constitutivas de servicios públicos en sentido estricto, las desplegadas por los poderes públicos están sujetas a un régimen exorbitante de Derecho público⁷.

Las administraciones públicas también pueden desplegar actividades económicas esenciales que por ley hayan sido reservadas a éstas por razones de interés general en aplicación del segundo inciso del artículo 128.2 in fine CE y, por tanto, la titularidad del sector de actividad reservado es asumida por el correspondiente poder público y sustraído a la iniciativa privada mediante el ejercicio de la libertad de empresa, si bien la actividad reservada puede ser ejercida directamente por el correspondiente poder público en régimen de monopolio o bien se puede encomendar la gestión a los particulares mediante técnicas concesionales⁸. En fin, los poderes públicos también desarrollan actividades económicas con el fin de proveerse de bienes y servicios valiéndose de organismos y entidades de Derecho público y de Derecho privado vinculadas o dependientes que despliegan esas actividades⁹ y constituyen una manifestación de la potestad de autoorganización¹⁰ que produce un mercado interno entre la entidad instrumental constitutiva de medio propio y los poderes públicos adjudicadores que contratan con la misma los correspondientes bienes y servicios y que compensan mediante las tarifas aprobadas (artículo 32.2.a.III LCSP) que permiten reducir los costes de transacción¹¹.

Por último, los poderes públicos también despliegan actividades económicas que no pueden reconducirse a ninguna de las categorías de habilitaciones anteriores y, por esto, el desarrollo de estas actividades económicas sólo puede ampararse en la potestad de iniciativa económica pública prevista en el primer inciso del artículo 128.2 CE, actividades que han de desarrollarse en régimen de libre concurrencia con los particulares en el mercado y sometidas a las mismas reglas y condiciones que éstos y, por tanto, sin que éstas puedan estar sujetas a ningún régimen exorbitante de Derecho público.

3. La caracterización de la potestad de iniciativa económica pública

El primer inciso del artículo 128.2 de la CE reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. La noción de iniciativa se emplea en este artículo como sinónima de la noción de iniciar o emprender, y emprender una actividad económica equivale a iniciar una empresa, esto es, el ejercicio de una actividad económica organizada de producción o distribución de bienes o de prestación de servicios¹². El fundamento del reconocimiento de la iniciativa económica

⁷ Los ejemplos más destacados de estos servicios públicos prestados en concurrencia con los particulares son la educación (Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, artículo 108.4) o la asistencia sanitaria (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, artículos 3.2, 88 y 89).

⁸ Vid., ORTEGA y ARROYO, “Comentario al artículo 128”, en RODRIGUEZ-PIÑERO y CASAS BAHAMONDE (dirs.) Comentarios a la Constitución española, Tomo II, 2018, págs., 837 y sigs.

⁹ En relación con estas entidades instrumentales o medios propios personificados que despliegan actividades económicas para las administraciones públicas vid., artículo 32 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y 86 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Sin embargo, en la medida en la que estas entidades instrumentales pueden desplegar hasta un poco menos del 20 por 100 de sus actividades en competencia con otras empresas y, por tanto, también con empresas privadas, debería ser aplicable también a éstas el principio de neutralidad competitiva y sus consecuencias que analizamos a lo largo de este trabajo.

¹⁰ Vid., PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2024, esp., pág., 867.

¹¹ Vid., sobre la reducción de los costes de transacción en la contratación intragrupo, PAZ-ARES, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*, 2019, esp., págs., 85 y sigs.

¹² Esta interpretación gramatical del significado de la expresión “iniciativa económica” enlaza con la realizada de idéntica expresión, aunque referida a la iniciativa económica privada, contenida en el artículo 41 de la constitución italiana de 1947, vid., por todos, GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, 1995, esp.,

pública con este significado radica en que éste es preciso para que los poderes públicos puedan llevar a cabo una empresa, por exigencias del principio de legalidad y porque no pueden ser titulares del derecho individual de libertad de empresa reconocido a los particulares en el artículo 38 de la CE¹³ pero, es claro, que, de la misma forma que este último derecho debe ejercerse en el marco de una economía de mercado, la empresa producto del ejercicio de la iniciativa económica pública, en tanto que empresa, también ha de desarrollarse en este mismo marco.

Por tanto, no es dudoso, que en el sistema de economía de mercado institucionalizado en la CE las decisiones de iniciar actividades económicas, los bienes o servicios que quieran producirse o prestarse y la forma en que esto se quiera hacer, así como, finalmente, la decisión de cesar en la actividad, decisiones que comprenden los tres aspectos en que se concreta el contenido de la libertad de empresa¹⁴, son decisiones que no sólo pueden tomar los particulares, en virtud del reconocimiento del derecho constitucional de libertad de empresa (artículo 38 CE), sino también todos los poderes públicos como consecuencia del reconocimiento de la potestad de iniciativa económica pública (art. 128.2 ab initio CE) y mediante la decisión de crear una entidad vinculada o dependiente de ésta que desplegara la correspondiente actividad económica como un nuevo operador en el mercado¹⁵.

La naturaleza del título que legitima el despliegue de las actividades económicas por los particulares y por los poderes públicos es diversa, pues mientras los primeros gozan del reconocimiento constitucional del derecho de libertad de empresa (art. 38 ab initio y 51.1 CE), los poderes públicos, en cambio, cuentan con una habilitación directamente conferida por la CE para desplegarlas (art., 128.2 ab initio CE)¹⁶. Los titulares de esta habilitación son todos los poderes públicos y, por tanto, la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.

No obstante esta diversidad de títulos legitimadores de los particulares y de los poderes públicos, constituye una condición del sistema de economía de mercado que las entidades dependientes o vinculadas creadas por los poderes públicos para desplegar actividades económicas deben someterse a las mismas reglas y condiciones que las demás empresas concurrentes en el mercado¹⁷, especialmente las derivadas del Derecho de la competencia y, por esto mismo, no pueden percibir ningún tipo de ayudas que supongan ventajas económicas gratuitas, ya sea en forma de prestaciones positivas o mediante intervenciones que rebajen o minoren las cargas que graven el presupuesto de esas entidades que supongan preferencia respecto de otras empresas del sector, ni tampoco utilizar prerrogativas propias de la administración que las ha creado. Es en función de esta igualdad de condiciones en la que han de desarrollar las actividades económicas los poderes públicos y los particulares que debe abordarse la cuestión relativa a la relación entre la libertad de empresa y la iniciativa económica pública, pues en estas condiciones,

págs.159 y sigs. Y con respecto al significado de la dimensión funcional del concepto de empresa, vid., por todos, GONDRA, *Derecho Mercantil I, Introducción*, Madrid, 1992, págs., 132 y sigs.

¹³ Vid., LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, “La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los derechos fundamentales de las personas jurídicas públicas: su influencia sobre nuestra jurisprudencia constitucional”, *Revista de Administración Pública*, 125, 1991, págs., 557-573.

¹⁴ La doctrina constitucional sobre el derecho fundamental de libertad de empresa se encuentra recogida en la STC (Pleno) 7/2023, de 21 de febrero (BOE núm. 77 de 31 de marzo de 2023) FD 6.

¹⁵ Vid., *infra*, apartado 5.

¹⁶ Vid., por todos, CIDONCHA MARTÍN, *La libertad de empresa*, 2006, esp., págs. 96-97; ORTEGA y ARROYO, “Comentario al artículo 128”, op., cit., págs., 834 y sigs.

¹⁷ Vid., *infra*, apartado 4.

no es dudoso, que el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública no comporta ni una restricción ni una limitación de la libertad de empresa de los particulares, pues no reduce el ámbito de ejercicio de este derecho¹⁸, puesto que en estas condiciones de igualdad los empresarios no prevalecen en el mercado en función de su naturaleza pública o privada sino en función de la mayor eficiencia de sus prestaciones, es por esto que el ejercicio de la iniciativa económica pública no ha de quedar sujeta al juicio de proporcionalidad¹⁹ porque no existe colisión o incompatibilidad de realización simultánea²⁰ alguna entre la libertad de empresa y la iniciativa económica pública²¹ sino que ésta última constituye el equivalente necesario a la libertad de empresa para que los poderes públicos queden habilitados para poder desplegar también actividades económicas.

La interpretación gramatical del primer inciso del artículo 128.2 CE lleva a concluir que éste no somete a ninguna condición positiva el ejercicio de la iniciativa económica pública, tampoco, según la doctrina mayoritaria²² y la jurisprudencia²³, al principio de subsidiariedad

¹⁸ En esto seguimos la noción de restricción de los derechos fundamentales de ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, esp., págs. 267 y sigs.

¹⁹ En este sentido, vid. CIDONCHA MARTÍN, *La libertad de empresa*, op., cit., esp., págs. 246-248; y ORTEGA y ARROYO, “Comentario al artículo 128”, op., cit., esp., pág. 837, y en contra, afirmando la necesidad de este juicio porque la iniciativa económica pública constituye una injerencia (sic) en el derecho fundamental de libertad de empresa, vid., PAZ-ARES y ALFARO, “Comentario al artículo 38”, op., cit., pág. 1258, si bien el autor citado por éstos como autoridad sostiene la necesidad del juicio de proporcionalidad únicamente cuando la actividad económica desplegada por los poderes públicos afecta de forma sustancial a la actividad económica privada al ser desarrollada al margen de la competencia por la eficiencia porque goza de algún privilegio directo o indirecto, vid., SCHOLZ, en MANUNZ y DURIG, *Grundgesetz Kommentar*, II, Munich, 1981, artículo 12, números 401 y sigs.

²⁰ La noción de colisión que seguimos también está extraída de la obra de ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, op., cit., esp., págs., 87 y sigs.

²¹ No obstante, ARIÑO ORTIZ, “La iniciativa pública en la constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión”, *Revista de Administración Pública*, 88, 1979, págs. 55-106, y TRONCOSO REIGADA, *Privatización, empresa pública y constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997, esp., págs. 85 y sigs., y 158 y sigs., afirman que la iniciativa económica pública restringe la libertad de empresa pues puede llegar a suprimir este derecho, llegando, este último autor, a afirmar que una presencia de los poderes públicos en la economía de más del 50 por 100 del PIB puede ser considerado excesivo (sic). Estas afirmaciones que pueden compartirse por lo que respecta a la reserva de actividades prevista en el segundo inciso del artículo 128.2 CE, de ningún modo pueden aceptarse para el caso del ejercicio de la iniciativa económica pública en igualdad de condiciones que los particulares en ejercicio de la libertad de empresa pues esto supondría privar, eventualmente, a la sociedad de empresas más eficientes y, por tanto, de la satisfacción de las necesidades de la sociedad a un coste inferior, por el único motivo de ser públicas las empresas que las satisfacen. En sentido parecido, CIDONCHA MARTÍN, *La libertad de empresa*, op., cit., esp., pág. 248, afirma que la libertad de empresa constituye un límite a que la actividad empresarial pública alcance tal extensión que acabe anulando la actividad empresarial privada, afirmación que en un mercado con competencia efectiva no podemos compartir porque es inverosímil y porque en caso de producirse sería producto de la mayor eficiencia de la empresa pública respecto de la privada y, por tanto, en beneficio del conjunto de la sociedad y, en todo caso, potencialmente siempre seguirá existiendo la posibilidad de ejercer el derecho de libertad de empresa.

²² Vid., autores citados por FERNÁNDEZ FARRERES, “Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la Administración Económica”; en COSCULLUELA MONTANER (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico (Libro homenaje al profesor doctor don Sebastián Martín-Retortillo)*, 2003, pág., 169; y MUÑOZ MACHADO, “Los límites constitucionales de la libertad de empresa”; en COSCULLUELA MONTANER, {coord.}, *Estudios de Derecho Público Económico (Libro homenaje al profesor doctor don Sebastián Martín-Retortillo)*, op. cit., esp., pág. 142.

²³ En este sentido la controvertida STS 1278/1989, Sala de lo Contencioso, de 10 de octubre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:5279) afirma en su FDº 3º que “(p)or un lado, mientras los particulares pueden crear sus empresas con plena libertad de criterios, sin más condición que la de que sus fines sean lícitos (art. 38 de la Constitución), todas las actuaciones de los órganos de la Administración pública deben responder al interés público que en caso y necesariamente siempre ha de concurrir (art 103 1 de la Constitución), tanto si se trata de actos de autoridad como de actuaciones empresariales, pues en cuanto a estas últimas el art 31.2 de la propia Constitución también exige una equitativa asignación de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a criterios de eficiencia y de economía, lo cual no es compatible con actuaciones empresariales públicas

preconstitucional²⁴ que limitaría el ejercicio de esta potestad a los supuestos en que la iniciativa privada no exista o sea insuficiente, de modo que en la CE la subsidiariedad es una posibilidad, pero no una obligación constitucional, posibilidad por la que ha optado el legislador de la Comunidad Autónoma de Euskadi²⁵, al establecer que la constitución o toma de participación en sociedades de capital por la Administración general de la Comunidad Autónoma de Euskadi o cualquiera de los entes de su sector público tendrá carácter excepcional, y habrá de motivarse, entre otras causas que procedan, en razones estratégicas determinantes para el sector económico en que actúe la sociedad o en su actuación como medio para garantizar la igualdad de la ciudadanía en el acceso a bienes y servicios en los que, por diversas causas, no exista oferta suficiente o adecuada de la iniciativa privada.

No obstante, como resultado de una interpretación sistemática de los artículos 128.2 y 103.1 CE, la jurisprudencia ha declarado y, posteriormente la doctrina ha acogido mayoritariamente²⁶, que mientras los particulares en el ejercicio de la libertad de empresa pueden perseguir cualquier propósito lícito (arg., ex artículo 1275 CC), en cambio, los poderes públicos en el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública, al ser la decisión misma de proceder a tal ejercicio un acto del poder público correspondiente requiere en cuanto tal el servicio al interés general (artículo 103.1 CE)²⁷, interés general que no puede ser sin más el de creación de la entidad vinculada o dependiente de éste como un nuevo operador en el mercado, sino la consecución por esta entidad de objetivos de interés general de ámbito estatal, autonómico o local y que, en todo caso, son susceptibles de control judicial en virtud del sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican (artículo 106.1 CE)²⁸.

El interés general que ha de ser satisfecho en el ejercicio de la iniciativa económica pública ha de quedar reflejado en el objetivo (*rectius*, causa) que habrá de perseguir la entidad vinculada o dependiente creada con este propósito y no en la actividad o actividades económicas que ésta desplegará. El objetivo se refiere a la finalidad que ha de perseguir la entidad vinculada o dependiente creada y que ha de satisfacer el interés general, mientras que la actividad o actividades que desarrollará tienen carácter instrumental respecto de aquel objetivo perseguido,

carentes de justificación”. Vid., también, Auto TC (Sección Segunda) 63/1991, de 23 de febrero, FJ 3.b y STC (sala Segunda) 54/2017, de 11 de mayo (BOE núm. 92, de 17 de abril de 2007) FD 5.b [(el ejercicio de esta iniciativa pública no está exento de límites (...)) (h)ay, de un lado, los límites que resultan de otros preceptos constitucionales: la iniciativa pública en la actividad económica, en cuanto poder fiduciario, debe ejercerse en beneficio de intereses públicos (art. 103.1 CE)]

²⁴ El principio de subsidiariedad figuraba plasmado en diversas disposiciones preconstitucionales como en el punto XI. 4º del Fuero del Trabajo (1938), en el artículo 4.n) de la Ley de 24 de noviembre de 1939, sobre ordenación y defensa de la industria en el décimo principio de la Ley de Principios del Movimiento Nacional (1958), o en el artículo 4.2 de la Ley 194/1963 del Plan de Desarrollo Económico y Social

²⁵ Vid., artículo 40.4 Ley 3/2022, de 12 de mayo, del Sector Público Vasco.

²⁶ Vid., críticamente, aunque desde una perspectiva alejada del mercado y de la libertad de empresa, GARCIA GUIJARRO, “Los límites jurisprudenciales a la constitucionalidad de la iniciativa pública económica”, *Revista de Derecho Político*, 124, 2025, págs. 207-234, esp., págs. 215 y sigs.

²⁷ En sentido, vid., ROJO, “Actividad económica pública y actividad económica privada en la constitución española”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1983, págs. 309-344, esp., págs. 319-321 (El interés general actúa como límite negativo de la iniciativa económica: Esta sea pública o privada, no puede desarrollar en contra del interés general (...)) La empresa pública no es administración en sentido técnico (...) no tiene por qué perseguir necesaria y directamente el interés general). En el mismo sentido, MARTIN RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, I, 1998, esp., págs. 94-95 y 250-251.

²⁸ Vid., PAREJO, “El campo del sector público empresarial estatal y sus tipos de actividades y organización”, *Presupuesto y gasto público*, 83, 2016, págs. 9-46, esp., págs. 34 y sigs.

esto es, mediante el ejercicio de las actividades se ha de dar satisfacción al objetivo²⁹. En consecuencia, no es en el análisis de las actividades a desarrollar donde se descubre el interés general perseguido sino en el objetivo que con el despliegue de estas actividades se persigue satisfacer y que por esto es preciso poner de manifiesto en la decisión de ejercitar la iniciativa económica pública³⁰. Por esto mismo, el cumplimiento del principio de especialidad de las entidades instrumentales de los poderes públicos por contraposición a la capacidad general de éstos y que como corolario del principio de legalidad se manifiesta en la tipificación de los objetivos y las actividades que pueden desarrollar en la norma o acto de creación y en los estatutos (cfr., artículos 91.2.a, 92.1.a y e, 93.1.a, 114.1.a LRJSP), sirve para determinar el interés general perseguido³¹.

El requisito de la satisfacción del interés general cumple, en tanto que concepto jurídico indeterminado³², una doble función delimitadora -negativa una y positiva la otra- de los objetivos que mediante el ejercicio de la iniciativa económica pública pueden perseguirse. La función delimitadora negativa excluye todos aquellos objetivos contrarios al interés general en tanto que constituyen una desviación de poder (artículos 106.1 CE y 70.2 LJCA). Por su parte, la función delimitadora positiva conlleva la obligación de justificar de una manera concreta y específica que el objetivo perseguido satisface el interés general. En la concreción de esos intereses, según el sistema de fuentes del ordenamiento y con el propósito de juridificar el concepto, resulta fundamental partir del cuadro de valores y bienes consagrados por la CE, en especial, en los artículos 40 y 130 que, respectivamente, habilitan a los poderes públicos para promover el progreso económico y el desarrollo de todos los sectores económicos³³.

²⁹ La distinción que formulamos entre las nociones de objetivo y actividad es equivalente a la distinción entre fin común y objeto social formulada con respecto a los elementos que integran la causa del contrato de sociedad (vid., PAZ-ARES, "Comentario al artículo 1665", en PAZ-ARES et al., *Comentario del Código Civil*, Tomo II, esp., págs. 1322 y sigs.), pero también encontramos formulada esta distinción en la delimitación del ámbito subjetivo de la contratación pública; vid., AYMERICH, Entes instrumentales y Derecho comunitario de la contratación pública: el concepto de «organismo de Derecho público», *Cuadernos de Derecho Público*, 6, 1999, págs. 113-137, esp., 122-124.

³⁰ Es por esto por lo que el análisis del objeto social de la sociedad que realiza la STS 1278/1989, Sala de lo Contencioso, de 10 de octubre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:5279), FD 4º a 8º, no le permite determinar el objetivo de la misma y, por tanto, el interés general que con ésta se persigue satisfacer. El problema, por tanto, no está en la falta de precisión del objeto social sino en la ausencia de toda referencia al objetivo perseguido que permita comprobar el carácter instrumental de las actividades con respecto a la satisfacción de este. En este sentido, se trata de un supuesto de falta de justificación adecuada de los datos que podían abonar la presencia del interés público en el caso (vid., NIETO, "La administración sirve con objetividad los intereses generales", en MARTÍN RETORTILLO et al., *Estudios sobre la Constitución española*, Vol., 3, 1991, págs. 2185-2254, esp., 2238 y sigs.).

³¹ En contra, afirmando la inexistencia del referido principio y remitiendo al requisito de determinación del objeto social de las sociedades de capital, vid., SOSA WAGNER, "Comentario a la desafortunada sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 1989", *Poder judicial*, 19, 1990, págs., 309-312.

³² Vid., GARCIA DE ENTERRIA, "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 89, 1996, págs. 69-89; contra, NIETO, "La Administración sirve con objetividad los intereses generales", op., cit., passim.

³³ Vid., PAREJO, "El campo del sector público empresarial estatal y sus tipos de actividades y organización", op., cit., esp., págs. 33 y sigs., donde, con respecto a la STS 1278/1989, Sala de lo Contencioso, de 10 de octubre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:5279) afirma que "(d)onde la Sentencia no acierta desde luego es en la derivación de la exigencia de la concurrencia de un interés público específico y concreto del principio de especialidad del objeto social de la empresa resultante de la iniciativa pública. Pues aquí parte el Alto Tribunal de un concepto erróneo, por restringido, de interés público, al excluir la calificación como tal del apoyo a la iniciativa privada empresarial (aunque sea en diversos campos o sectores) para la promoción de la vida económica (en el caso: en el ámbito municipal). Que tal apoyo integra un interés público resulta, sin más, de la habilitación constitucional al Estado (art 131 1) para el estímulo del crecimiento de la riqueza"; PAREJO, "Reflexiones sobre la Economía y la Administración pública en la Constitución", *Cuadernos de Derecho Público*, 25, 2005, págs. 27-54, esp., págs. 44 y

La función delimitadora positiva de los objetivos válidamente perseguibles que impone la exigencia del requisito de satisfacción del interés general, según una parte de la doctrina, abocaría la iniciativa económica pública al principio de subsidiariedad preconstitucional³⁴ pero si bien es cierto que este requisito restringe el ámbito objetivo de la iniciativa económica pública respecto al de la libertad de empresa de los particulares, no lo es, en cambio, que limite la validez de su ejercicio únicamente a los casos contemplados por el principio de subsidiariedad³⁵ pues, no es dudoso, que el elenco de objetivos que satisfacen el interés general va más allá de estos supuestos.

La vinculación de la potestad de iniciativa económica pública al interés general no excluye el ánimo de lucro³⁶, ni en su dimensión objetiva —esto es, la obtención de un saldo positivo entre ingresos y gastos—, pues, de lo contrario, la actividad económica en el mercado no sería viable; ni tampoco en su dimensión subjetiva, es decir, la apropiación por parte del poder público titular de la entidad vinculada o dependiente del excedente resultante³⁷. Así lo ponen de manifiesto figuras societarias como la sociedad cooperativa con una causa típicamente mutualista —la satisfacción de las necesidades económicas o sociales de sus miembros (artículo 1.1 Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas; en adelante, LCoop)— que, sin embargo, al poder llevar a cabo operaciones con terceros (artículo 4 LCoop), no excluyen la previsión de distribuir entre estos el eventual excedente obtenido en el desarrollo de la actividad empresarial que constituye su objeto social (artículos 16.2.d y 58.3 LCoop)³⁸

4. El principio de neutralidad competitiva (*par conditio concurrentium*) en la iniciativa económica pública

El principio de neutralidad competitiva constituye uno de los presupuestos estructurales del sistema de economía de mercado y su contenido radica en la exigencia de que todos los operadores que desarrollan actividades económicas en un mismo mercado lo hagan sometidos a

sigs., PAREJO, “Interés público como criterio de control de la actividad administrativa”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2004, págs. 125-148.

³⁴ Vid., BISBAL, “Servicios públicos e iniciativa económica pública”, en FONT, *Informe sobre el gobierno local*, 1992, págs., 195-244, esp., págs. 206-209 y 241-243 (el interés público, así concebido (...) condicionaría nuevamente la iniciativa económica pública al principio de subsidiariedad).

³⁵ Vid., sobre los fallos del mercado que explican que la iniciativa privada no exista o sea insuficiente y la racionalidad económica de la iniciativa económica pública, PUTNINS, “Economics of State-Owned Enterprises”, *International Journal of Public Administration*, 38, 2015, págs., 815-832

³⁶ La calificación del ánimo de lucro como un objetivo de interés general (vid., por todos, ORTEGA y ARROYO, “Comentario al artículo 128”, op., cit., esp., pág. 836) para salvar así las limitaciones derivadas de la vinculación a un objetivo de esta naturaleza es, por lo afirmado en el cuerpo del texto, innecesaria y, además, dudosa, porque habrá que reconocer que afirmar la posibilidad de que los poderes públicos deban perseguir en sus actuaciones el ánimo de lucro, en tanto que servidores del interés general ex artículo 103.1 CE, resulta, como mínimo, inquietante.

³⁷ Vid., sobre las nociones objetiva y subjetiva de ánimo de lucro, PAZ-ARES, “Comentario al artículo 2.2”, en PAU PEDRON, *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, 1992, págs., 36-46, esp., pág. 41-42.

³⁸ Finalmente, la STSJ Cataluña de 20.10.2022, Sala de lo Contencioso, de 20 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:10755) parece imponer un nuevo límite a la potestad de iniciativa económica pública consistente en que el ejercicio de esta potestad sólo puede llevarse a cabo en el ámbito de las competencias de las que sea titular la administración local, vid., en este sentido, TORNOS, “La iniciativa pública económica local. Análisis de un caso concreto”, *Cuadernos de Derecho Local*, 68, 2025, págs. 212-239. No obstante, a nuestro juicio, lo que impide dicha resolución es que el ayuntamiento lleve cabo mediante el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública una actividad que por incurrir en duplicidad le está vetada realizar en concepto de servicio público, evitando que mediante la utilización de esta potestad se eluda la prohibición de ejecución simultánea del mismo servicio público.

un mismo marco normativo y a las mismas condiciones de actuación³⁹. En efecto, sólo en un contexto de igualdad de reglas es posible que la competencia despliegue sus efectos disciplinadores y selectivos, permitiendo que los procesos productivos se realicen al menor coste y que los recursos se asignen a los operadores más eficientes. La vulneración de este principio introduce distorsiones significativas en el proceso competitivo, en la medida en que los operadores beneficiados por un trato diferenciado o privilegiado obtienen ventajas que no derivan de su mayor eficiencia, sino de la alteración exógena de las condiciones de competencia. Esto no sólo compromete la eficiencia productiva y asignativa, sino que conduce a una utilización subóptima de los recursos y obstaculiza la maximización del bienestar de los consumidores, puesto que, en tales supuestos, el desplazamiento de competidores no es el resultado de la superioridad de las prestaciones ofrecidas, sino de una ventaja artificial incompatible con una competencia basada en los méritos.

La denominación «principio de neutralidad competitiva» es la expresión actualmente más difundida para designar esta exigencia⁴⁰, que cuenta, sin embargo, con una consolidada tradición conceptual tanto en el ámbito jurídico como en el económico. Así lo ponen de relieve formulaciones anteriores como la locución latina *par conditio concurrentium*⁴¹ o la conocida expresión anglosajona *level playing field*⁴², que evocan, en esencia, la necesidad de una igualdad sustancial de condiciones entre quienes concurren en el mercado. En nuestro ordenamiento este principio aparece expresamente formulado en relación con el ejercicio de la potestad de

³⁹ Vid., sobre el significado y contenido del principio de neutralidad competitiva, en ACCO, Servicios Odontológicos Ayuntamiento de Barcelona, Ref. n.º: OB 44/2019 (disponible en: https://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/20190318_OB-44-2019-Serveis-odontologics-Aj.-BCN_CAST.pdf), esp., págs., 4-5; OCDE, *Competitive Neutrality*, 2012; OCDE, *Competitive Neutrality Toolkit*, 2024, y en la doctrina, centrada en el principio de paridad de trato derivado del artículo 109 TFUE, PAREJO, “Organización y actividad en la Administración Pública”; en PAREJO, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, 1995, págs., 82-83; y CIDONCHA MARTÍN, *La libertad de empresa*, op., cit., esp., págs., 245-246, que lo funda tanto en la garantía constitucional de la economía de mercado como en el artículo 106 TFUE. En cambio, TORNOS, “La iniciativa pública económica local. Análisis de un caso concreto”, op., cit., esp., págs., 219-220, se refiere al principio de neutralidad competitiva. En la jurisprudencia la STS 1278/1989, Sala de lo Contencioso, de 10 de octubre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:5279) describe correctamente el significado del principio de neutralidad competitiva cuando manifiesta que: la coexistencia de empresas públicas con fines empresariales (art. 128.2 de la Constitución) y de empresas privadas (art. 38 de la misma) en el marco de una economía de mercado, y la pertenencia de España a la Comunidad Económica Europea, exigen que se garantice y salvaguarde la libre competencia, y para ello han de regir las mismas reglas para ambos sectores de producción público y privado. Por tanto, las empresas públicas que actúen en el mercado se han de someter a las mismas cargas sociales, fiscales, financieras y de toda índole que afecten a las privadas y a sus mismos riesgos, sin poder gozar de privilegios de ningún tipo, pues ello podría impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia del mercado vulnerando el art.85 del tratado de Roma, no pudiendo tampoco estas empresas de capital público prevalecerse de ninguna forma de posición dominante ni subordinar la celebración de contratos a la aceptación por los otros contratantes de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos (art. 86 del mismo Tratado); y no pueden por último estas empresas privadas de capital público recibir ayudas ni subvenciones de fondos públicos de ninguna clase, con las solas salvedades que enumeran los apartados 2 y 3 del artículo 92 del Tratado, y aun siempre sometiendo previamente las excepciones (con una antelación mínima de tres meses antes de poder aplicarlas) a la consideración de la Comisión del Mercado Común (arts. 93.3 del Tratado y 1.º.1 del Real Decreto 1755/1987, de 23 de diciembre).

⁴⁰ Es la expresión utilizada en una pluralidad de documentos elaborados por la OCDE citados *supra* nota 37.

⁴¹ Vid., GLÖCKNER, “Par conditio concurrentium-Equal treatment in competition as a fundamental principle of market economies”, en GLÖCKNER et al., *Rechtliche Funktionsbedingungen Von Märkten und Formen der Konfliktbeilegung in China und Europa*, 2017, Vol.20, págs., 43-56; Entre nosotros utiliza esta frase latina, ALFARO, “Competencia desleal por infracción de normas”, *Revista de Derecho Mercantil*, 202, 1991, págs., 667-730, esp., págs., 673-676.

⁴² Fórmula utilizada en los subtítulos de los documentos de la OCDE *supra* nota 37 y, en general, en la bibliografía anglosajona que se refiere al significado aludido en el texto.

iniciativa económica pública en el artículo 138 del *Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals de Catalunya*, aprobado por el Decreto 179/1995, de 13 de junio, y en el artículo 200.1 del Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón, aprobado por el Decreto 347/2002, de 19 de noviembre. Ambos preceptos disponen, en términos prácticamente idénticos, que las entidades constituidas para el ejercicio de actividades económicas se someterán a las mismas reglas y condiciones que las demás empresas concurrentes en el mercado.

No obstante, la fundamentación normativa del principio de neutralidad competitiva es fundamental puesto que este se extiende a todo el marco jurídico y condiciones en el que los particulares han de desplegar las actividades económicas y, en especial, por lo que respecta a las formas organizativas que están a su disposición. El fundamento normativo último de la vigencia de este principio en nuestro ordenamiento se halla en el primer inciso del artículo 38 de la CE que reconoce simultáneamente un derecho fundamental, la libertad de empresa, y un instituto propiamente dicho, el mercado⁴³, como elementos determinantes del sistema económico⁴⁴ que se refuerzan mutuamente. El despliegue de actividades económicas sin que las entidades vinculadas o dependientes de los poderes públicos que las despliegan estén sometidas al mismo marco normativo y a las mismas condiciones de actuación que los particulares es contrario tanto al derecho fundamental como a la institución, salvo que las ejerzan acogidas a un título habilitante distinto de la potestad de iniciativa económica pública. La contrariedad de dicha actuación con la institución del mercado se manifiesta en la afectación que ésta produce en la correcta formación de los precios porque la ventaja que proporciona la desigualdad permite ofrecer los bienes o servicios por un precio inferior al coste marginal, mientras que la contrariedad con el derecho fundamental de libertad de empresa en su dimensión objetiva se manifiesta al afectar a la existencia de una competencia efectiva porque impide la asignación de los recursos a los operadores más eficientes. Por tanto, no es dudoso que, salvo que los poderes públicos desarrollen actividades económicas amparados en un título habilitante distinto de la potestad de iniciativa económica pública, las actividades económicas desplegadas por las entidades vinculadas o dependientes de éstos, han de desarrollarse sometidas al mismo marco jurídico y en igualdad de condiciones que los particulares puesto que esto constituye un presupuesto estructural del sistema de economía de mercado con arreglo al significado de la institución constitucionalmente garantizada del mercado y de la dimensión objetiva del derecho fundamental de la libertad de empresa.

Este fundamento directamente residenciado en la CE se ve reforzado por el Derecho de la Unión Europea en el que el artículo 3.3 del TUE prevé el establecimiento de un mercado interior configurado como un sistema de economía social de mercado altamente competitiva que, de acuerdo con el artículo 26.2 TFUE, implica un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada, y que, conforme al artículo 3.1.b TFUE, para su funcionamiento se establecen las normas sobre competencia necesarias, de modo que también en el ámbito del Derecho de la Unión Europea se contiene una garantía de la institución del mercado que impide que los poderes públicos desplieguen actividades económicas sin estar sujetos al mismo marco jurídico y condiciones que los

⁴³ Vid., sobre el mercado como instituto protegido por la CE y la dimensión objetiva de la libertad de empresa, CIDONCHA MARTÍN, *La libertad de empresa*, op., cit. esp., págs., 150 y sigs., 373 y sigs., y también, CIDONCHA MARTÍN, "Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial", *Teoría y realidad constitucional*, 23, 209, págs., 149-188

⁴⁴ STC (Pleno) 227/1993, de 9 de julio, (BOPE núm. 192 de 12b de agosto de 1993) FJ 4º, e).

particulares puesto que esto resulta contrario a la institución del mercado también garantizada en este Derecho y a la libertad de establecimiento (artículo 50.1 TFUE) o prestación de servicios (artículo 56.1 TFUE) para el ejercicio de las actividades económicas porque afecta a la competencia como elemento para el correcto funcionamiento del mercado, pues, como ha quedado expuesto anteriormente, el principio de neutralidad competitiva constituye una condición estructural para la existencia misma de la economía de mercado⁴⁵. Por tanto, no es dudoso, que el Derecho de la Unión Europea también impone que el desarrollo de actividades económicas en el mercado por los poderes públicos en ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública ha de llevarse a cabo sujeta a las mismas reglas y condiciones que a las que están sujetas las desarrolladas por los particulares.

La vigencia del principio de neutralidad competitiva en los términos analizados se refuerza en algunos casos mediante manifestaciones específicas contenidas en una norma especial que lo concreta para el supuesto contemplado en la misma. Esto es lo que ocurre en el ámbito de la Unión Europea en el artículo 106 TFUE que establece expresamente el denominado principio de paridad de trato entre las entidades que ejerzan una actividad económica con independencia de que la titularidad de la mismas corresponda a los particulares o a los poderes públicos, al prohibir que los Estados miembros adopten ninguna medida, normativa o administrativa, respecto de sus entidades vinculadas o dependientes que desplieguen una actividad económica contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18, prohibición de discriminación, y 101 a 109, normas sobre competencia incluidas las ayudas de estado, de forma que tanto los particulares como los poderes públicos en el despliegue de actividades económicas están sujetos a las mismas normas del TUE y del TFUE⁴⁶, significado que en nada difiere del expuesto con respecto al principio de la *par conditio concurrentium* más allá de estar limitada al ámbito concretado en este supuesto.

Esta misma manifestación específica del principio de neutralidad competitiva se encuentra en nuestro ordenamiento en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal, cuyo artículo 15 tipifica las conductas desleales por infracción de normas al reputar desleales las conductas de quien realiza en el mercado una ventaja competitiva obtenida gracias a la infracción de una norma jurídica y la de quien infringe normas cuyo objeto es la regulación de la competencia, pues en ambos supuestos el fundamento de la prohibición radica en la vulneración del principio de la *par conditio concurrentium*⁴⁷ ya que dichas conductas persiguen utilizar la infracción de normas para obtener una ventaja competitiva que al no estar fundada en la eficiencia de las propias prestaciones falsea la competencia e impide que sobrevivan los más eficientes.

5. La neutralidad de las formas organizativas para el ejercicio de la iniciativa económica pública

⁴⁵ En este sentido Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2014 Comisión Europea v DEI, asunto C-553/12 P, (ECLI:EU:C:2014:2083) apartado 43 (de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que un sistema de competencia no falseada, como el previsto por el Tratado, tan sólo será posible si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los diferentes agentes económicos).

⁴⁶ Vid., por todos, ALONSO SOTO, “Los poderes públicos y la libertad de competencia (análisis del art. 90 TCE)”, *Aranzadi Comunidad Europea*, 5, 1999, págs. 31 y sigs.

⁴⁷ Vid., ALFARO, “Competencia desleal por infracción de normas”, op., cit., esp., págs. 673-676; PAZ SOLER, “Comentario al artículo 15”, en MASSAGUER, *Comentario a la Ley de competencia desleal*, 1999, págs., 430-468, esp., págs., 432-433/

Los poderes públicos no pueden ejercer de manera directa e indiferenciada, a través de sus propios órganos, la potestad de iniciativa económica pública, ya que ello vulneraría la *par conditio concurrentium* fundamentalmente porque éstos actuarían en el mercado bajo la forma organizativa propia de la administración pública que le otorga todas las prerrogativas propias de ésta al estar sometida a un régimen exorbitante respecto del aplicable a las formas organizativas de que disponen los particulares para el ejercicio de la libertad de empresa y, por tanto, a unas reglas y condiciones absolutamente distintas a las que obligan a estos últimos. Por ello, resulta indudable que el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública debe llevarse a cabo mediante la creación de una entidad vinculada o dependiente.

El ejercicio por los poderes públicos de actividades económicas -ya sea de producción o distribución de bienes, o de prestación de servicios en el mercado- no puede llevarse a cabo mediante la creación de entidades de Derecho público vinculadas o dependientes con ese fin, con independencia de que, en el desarrollo de su actividad, se rijan o no por el Derecho privado. La razón de esta prohibición es que tales formas organizativas públicas tienen atribuidas potestades públicas y pueden implicar menores costes de funcionamiento, lo que les otorgaría una ventaja competitiva en el mercado, pues se trata de estructuras jurídicas que no están al alcance de los particulares para el ejercicio de la libertad de empresa, de modo que los poderes públicos no actuarían en condiciones de igualdad con los operadores privados⁴⁸.

En consecuencia, no cabe duda de que el principio de neutralidad competitiva implica que, para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública, los poderes públicos deben adoptar necesariamente alguna de las formas organizativas propias del Derecho privado. Por tanto, en la resolución mediante la cual ejercen dicha potestad, han de optar expresamente por la creación de alguna de las formas organizativas disponibles para los particulares en el ejercicio colectivo de actividades empresariales. No obstante, tampoco todas las formas organizativas propias del Derecho privado pueden ser utilizadas por los poderes públicos para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública. Entre éstas han de quedar excluidas todas las formas organizativas societarias cuyo régimen establezca la responsabilidad personal e ilimitada del socio por las deudas de la sociedad puesto que la responsabilidad patrimonial universal de los poderes públicos frente a las deudas derivadas de la actividad económica equivale a una garantía implícita constitutiva de una ayuda pública que distorsionaría la competencia⁴⁹. Esto último excluye como formas organizativas válidas para el ejercicio de la iniciativa económica pública, con independencia de la necesaria pluralidad subjetiva que exige la inherente naturaleza contractual de estas formas, la sociedad civil (artículo 1698 CC) y también los tipos de sociedades mercantiles como la sociedad colectiva (artículo -127 C de C), la sociedad comanditaria (artículo

⁴⁸ En caso contrario, como destaca BISBAL, “Servicios públicos e iniciativa económica pública”, op., cit., esp., pág. 219, se estaría ignorando que tanto la forma de producir, como los procesos decisionales en base al mercado, son independientes del modo como se estructura la empresa. Esta misma conclusión se alcanza desde la perspectiva del alcance de la potestad de autoorganización de los poderes públicos pues, como señala PAREJO, “El campo del sector público empresarial estatal y sus tipos de actividades y organización”, *Presupuesto y gasto público*, 83, 2016, págs., 9-46, esp., pág., 36, en su creación y configuración, el poder público ejercita su potestad organizatoria no en forma plena (lo que podría conducir a una forma tanto jurídico-pública, como, instrumentalmente, jurídico-privada), cuanto justamente al servicio de la iniciativa económica, lo que le obliga a servirse de las formas predeterminadas al respecto por el Derecho privado.

⁴⁹ Vid., Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, esp., apartado 110, y sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de abril de 2014, Francia/Comisión, asunto C-559/12 P (ECLI:EU:C:2014:2017), apartado 98.

148 C de C) y la sociedad comanditaria por acciones (artículos 1.4 y 252 LSC), en estos dos últimos tipos siempre que el poder público asuma la administración y representación de la sociedad.

La exclusión de otros tipos societarios mercantiles como formas organizativas válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública se funda en los requisitos subjetivos que deben concurrir en los socios que las integran. Esto es claro en el caso de las agrupaciones de interés económico que al exigir que los socios personas jurídicas que las constituyan desempeñen actividades empresariales, agrícolas, artesanales o profesionales o constituyan entidades no lucrativas dedicadas a la investigación (artículo 4 LAIE) impide la creación y participación directa de los poderes públicos en las mismas en tanto que titulares de la potestad de iniciativa económica pública⁵⁰ y, además, en este caso, también impide su adopción el régimen de responsabilidad patrimonial universal de los socios por las deudas sociales en los términos antes expuestos (artículo 5 LAIE). Por esta última razón, tampoco constituye una forma organizativa válida para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública las agrupaciones temporales de empresas, pues en éstas sus miembros también responden de forma ilimitada (artículo 8.e. ocho, Ley 18/1982) y, sin perjuicio de que también exige la condición de empresarios de sus miembros (artículo 7 Ley 18/1982), igual que también la requiere la constitución de las cuentas en participación (artículo 239 C de C). Las sociedades agrarias de transformación tampoco son una forma organizativa válida para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública tanto por la exigencia del requisito subjetivo a los socios de ser titular de una explotación agraria o perseguir fines agrarios (artículo 5 RD 1776/1981) como por el régimen de responsabilidad personal e ilimitada por las deudas sociales (artículo 1.2 RD 1776/1981).

En consecuencia, las únicas formas organizativas de Derecho privado válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública son los tipos de sociedades mercantiles en los que los socios no responden de las deudas de la sociedad, esto es, la sociedad de responsabilidad limitada (artículo 1.2 in fine LSC) y la sociedad anónima (artículo 1.3 in fine LSC) que pueden constituirse por acto unilateral de un único socio (artículo 19 LSC) y que éste no ha de reunir ninguna condición subjetiva especial. Pero también la sociedad cooperativa es una forma organizativa válida para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública⁵¹ pues cualquier actividad económica lícita puede ser organizada y desarrollada mediante esta forma societaria (artículo 1.2 LCoop), los poderes públicos pueden ser socios de esta forma societaria (artículo 12.1 LCoop), con las salvedades establecidas con respecto alguna clase de cooperativas, y éstos no responden de las deudas de la sociedad (artículo 15.3 LCoop)⁵².

En fin, fuera ya de las formas societarias, también ha de mencionarse la fundación como forma organizativa válida para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública puesto que ésta puede ser constituida por los poderes públicos (artículo 8.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; en adelante, LF) y, sin perjuicio de perseguir fines de interés general (artículo 3.1 LF), pueden desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los

⁵⁰ Vid., PAU PEDRON, “Comentario al artículo 4”, en PAU PEDRON, *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, 1992, esp., págs., 59-60.

⁵¹ Vid., RODRIGUEZ SOLA, “La cooperativa como forma de gestión de los servicios públicos locales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 260, 1993, págs., 761-782.

⁵² No obstante, téngase en cuenta que el régimen de responsabilidad de los socios por las deudas sociales varía en cada una de las diecisiete leyes de cooperativas vigentes en las distintas CC AA, vid., a este respecto, PALAU RAMIREZ, “La responsabilidad del socio de una sección de cooperativa: imputación de pérdidas y deuda bancaria”, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 39, 2021, págs., 135-164, esp., págs., 141-144

finances fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas (artículo 24 LF)⁵³ y, por tanto, se trata de una forma organizativa que resulta especialmente idónea para el ejercicio de esta potestad, pues la fundación vincula el fin abstracto -interés general⁵⁴-, a las actividades económicas instrumentales a éste, de la misma forma que las entidades vinculadas o dependientes creadas por los poderes públicos para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública también han de tener como objetivo el interés general que satisfacen mediante el desarrollo de las actividades económicas.

6. Las formas organizativas para el ejercicio de la iniciativa económica pública en el ámbito estatal

La tipología de formas organizativas de las que puede valerse la Administración General del Estado para el desarrollo de actividades económicas se encuentra recogida en los artículos 84 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP). Esta enumeración tiene carácter cerrado, en la medida en que se proscribiera expresamente que la Administración General del Estado, así como cualquiera de las entidades integrantes del sector público institucional estatal, ya sea de forma individual o en colaboración con otras entidades públicas o privadas, pueda crear o ejercer el control efectivo, directo o indirecto, sobre entidades distintas de las tipificadas en dicha norma, con independencia de su naturaleza y régimen jurídico (artículo 84.2 LRJSP). No obstante, la LRJSP no contiene una previsión normativa que determine de manera expresa cuáles son las formas organizativas aptas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública, dado que se limita a una enumeración de los distintos tipos de formas organizativas. Sin embargo, la interpretación sistemática de la tipificación de las actividades que algunas de las formas organizativas previstas pueden desarrollar permite identificar las que son válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública.

Entre las formas organizativas enumeradas excluimos del análisis aquellas que no pueden desarrollar actividades económicas⁵⁵ y entre las que sí pueden es necesario distinguir por una parte, las formas organizativas de Derecho público que son los denominados organismos públicos estatales (artículos 88 a 97 LRJSP), categoría genérica que integra a los organismos autónomos estatales (artículos 98 a 102 LRJSP) y a las entidades públicas empresariales (artículos

⁵³ Es el supuesto de la fundación-empresa en el que la fundación ejerce directamente la actividad empresarial, vid., por todos, EMBID, *Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresarial)*, *Anuario de Derecho de fundaciones*, 1, 2010, págs., 15-68, esp., págs., 20 y sigs., y ERMBID, *Actividad económica en el mercado e interés general. Sobre el derecho de fundaciones de nuestro tiempo*, 2019, esp., págs., 77 y sigs.

⁵⁴ Fines de interés general que en el artículo 3 de la propia LF son calificados como tales de manera enunciativa: entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico.

⁵⁵ Nos referimos a las Agencias estatales que tienen por objeto el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas (artículos 108 bis a 108 sexies LRJSP); las autoridades administrativas independientes de ámbito estatal que tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas (artículos 109 a 110 LRJSP) y también los consorcios, pues si bien pueden desplegar actividades económicas (de fomento, prestacionales o de gestión común de servicios públicos y cuantas otras estén previstas en las leyes) éstas han de ser de interés común a todos sus miembros y dentro del ámbito de sus competencias (artículos 118 a 127 LRJSP).

103 a 108), ambos tienen la condición de administración pública (artículo 2.3 in fine LRJSP) y, por otra, las formas organizativas de Derecho privado referidas a las sociedades mercantiles estatales (artículos 111 a 117 LRJSP) y a las fundaciones del sector público (artículos 128 a 136 LRJSP). Las actividades típicas que pueden desarrollar los organismos públicos estatales son actividades que el artículo 88 LRJSP califica como administrativas con el significado de propias de la administración pública, pero, no es dudoso, que tienen naturaleza económica (fomento, prestación o gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación) y también actividades económicas reservadas por ley a las administraciones públicas (artículo 88 LRJSP).

No obstante, de los dos tipos de organismos públicos estatales regulados, los organismos autónomos estatales sólo pueden desarrollar actividades económicas propias de la administración pública (fomento, prestaciones, de gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación) y, por tanto, amparados en una habilitación distinta de la potestad de iniciativa económica pública, mientras que, por el contrario, las entidades públicas empresariales, junto a actividades económicas propias de las administraciones públicas (prestacionales) pueden desplegar actividades económicas reservadas a la administración pública (gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación) y, por tanto, en ambos casos el título habilitante para desplegarlas no puede ser la potestad de iniciativa económica pública, sino, respectivamente, la habilitación para llevar a cabo las correspondiente prestaciones públicas y la habilitación derivada de la reserva de una actividad a la administración pública ex artículo 128.2 in fine CE atribuida en la propia ley de creación de la entidad (artículo 91.1 LRJSP).

La tipificación de las actividades económicas que definen a los dos tipos de organismos públicos, organismos autónomos estatales y entidades públicas empresariales, bien las propias de la administración pública o bien las reservadas por ley a la administración pública, excluyen que, en coherencia con el principio de neutralidad competitiva, la Administración General del Estado pueda utilizar estas formas organizativas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública⁵⁶. Por consiguiente, las únicas formas organizativas que están a disposición de la Administración General del Estado para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública son las sociedades mercantiles estatales (arts. 111 y sigs. LRJSP) y las fundaciones del sector público (arts., 128 y sigs. LRJSP) aunque no sólo para el despliegue de actividades económicas en virtud de esta potestad sino también cualquier otra actividad que pueda desarrollarse en virtud de otra habilitación pues, a diferencia de los organismos públicos estatales, estas formas organizativas no están definidas por la naturaleza de las actividades que pueden desplegar⁵⁷.

⁵⁶ En contra, vid., BETANCOR RODRÍGUEZ, “Las entidades públicas empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa”, *Documentación Administrativa*, 246-247, 1996-1997, págs., 439-493, que sostiene la inconstitucionalidad de las entidades públicas empresariales porque despliegan actividades económicas bajo una forma organizativa pública. No obstante, esta consecuencia sólo es válida cuando se trata de actividades económicas desplegadas mediante una forma organizativa de Derecho público ejercitando la potestad de iniciativa económica pública ex primer inciso del artículo 128.2 CE pero no cuando se despliegan acogidas a la habilitación prevista en el segundo inciso del artículo 128.2 CE, esto es, la potestad de reservar por ley a los poderes públicos por razones de interés general actividades económicas esenciales, que es precisamente la habilitación en la que se amparan las actividades económicas desplegadas por las entidades públicas empresariales.

⁵⁷ Esto se pone de manifiesto en el régimen del expediente de creación de las sociedades anónimas estatales en el que se ha de acompañar un análisis que justifique que la forma jurídica propuesta (sociedad mercantil estatal)

La identificación de la fundación como tipo de forma organizativa para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública no plantea ningún problema más allá de la determinación del régimen jurídico, estatal o autonómico, aplicable en cada caso en función del ámbito territorial en el que vaya a desarrollar la actividad (artículo 130 LRJSP). En cualquier caso, son fundaciones del sector público estatal las fundaciones que se constituyan de forma inicial con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o cualquiera de las entidades del sector público institucional estatal, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución y también las fundaciones en las que su patrimonio esté integrado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por la Administración General del Estado o por cualquiera de las entidades del sector público institucional estatal con carácter permanente o, en fin, las fundaciones en las que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes de la Administración General del Estado o del sector público institucional estatal (artículo 128.1 LRJSP).

En cambio la identificación de las sociedades mercantiles estatales exige determinar el tipo o tipos de sociedades mercantiles válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública, pues en el artículo 111 LRJSP éstas se definen únicamente en función del control estatal sobre las mismas, de modo que son las sociedades mercantiles estatales las sociedades mercantiles en las que bien la participación, directa o indirecta, en su capital social de la Administración General del Estado o de las entidades del sector público institucional, sea superior al 50 por 100; o bien las sociedades mercantiles que se encuentren en el supuesto previsto en el artículo 4 de la LMVal respecto de la Administración General del Estado o sus organismos públicos vinculados o dependientes, remisión que a su vez reenvía al artículo 42 del C de C y cuyo significado radica en que también son sociedades mercantiles estatales las sociedades mercantiles en las que la Administración General del Estado o sus organismos públicos, aun teniendo una participación en su capital social no superior al 50 por 100 ejercen un control efectivo, directa o indirectamente⁵⁸.

Para determinar el tipo o tipos de sociedades mercantiles válidos para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública es preciso tener presente que La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAP) delimita en el artículo 166.1.c, en idénticos términos que el 111 LRJSP, las sociedades mercantiles estatales pero en el apartado segundo de este mismo artículo se refiere a las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital social sea en su totalidad de titularidad directa o indirecta de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, para someterlas al régimen especial previsto en los artículos 176 y siguientes. Existe, por tanto, un régimen

resulta más eficiente frente a la creación de un organismo público u otras alternativas de organización que se hayan descartado (artículo 114.1.b LRJSP), análisis que no es pertinente para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública ya que los organismos públicos no son formas de organización válidas en este ámbito, y en idénticos términos también se requiere dicho análisis en el expediente de la creación de las fundaciones del sector público estatal en el artículo 133.2 en relación con el 92.1.b de la LRJSP.

⁵⁸ El artículo 42 del C de C establece una presunción de control de una sociedad dominada por otra entidad dominante cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que la dominante disponga de la mayoría de los derechos de voto de la dominada, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última; b) que la dominante tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración de la dominada, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última; c) que al menos la mitad más uno de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante o de otra entidad por ella dominada.

especial aplicable a todas las sociedades mercantiles estatales, previsto en los artículos 111 y siguientes de la LRJSP, y un régimen especial aplicable únicamente a las sociedades mercantiles estatales con forma de sociedad anónima referidas en el artículo 166.2 de la LPAP y contenido en los artículos 176 y siguientes de esta ley. Es claro, pues, que la LPAP tampoco determina el tipo o tipos de sociedades mercantiles válidos para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública, sino que únicamente establece un régimen especial para las sociedades mercantiles estatales con forma de sociedad anónima cuyo capital social sea íntegramente de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos.

E/n cualquier caso, por lo que acabamos de ver, no es dudoso que la sociedad anónima es uno de los tipos de sociedades mercantiles válidos para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública por parte de la administración general del estado. Ahora bien, la mención de la participación en el capital social en la definición de las sociedades mercantiles estatales en el artículo 111 LRJSP nos lleva a concluir que además de la forma sociedad anónima, estas sociedades también pueden adoptar la forma de sociedad de responsabilidad limitada, pero en ningún caso la forma de sociedad comanditaria por acciones por las razones expuestas anteriormente⁵⁹, siendo así plenamente coherente con el principio de neutralidad competitiva. En cambio, la validez de la sociedad cooperativa resulta dudosa porque la expresión sociedad mercantil es utilizada con el significado de su dimensión objetiva o contractual y no subjetiva o por la naturaleza de la actividad económica⁶⁰ que desplegara a la que no se alude en la legislación analizada y si bien el carácter subjetivamente mercantil de la cooperativa no es dudoso, si es polémica, en cambio, la naturaleza mercantil de la dimensión objetiva o del contrato, de modo que ante el carácter doctrinalmente polémico de la naturaleza de la sociedad cooperativa⁶¹ habría que negar que ésta pueda ser una forma de organización válida para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública, si bien la habilitación a los poderes públicos para ser socios de esta forma social contenida en el artículo 12.1 LCoop, constituye un título suficiente para que también pueda ser adoptada válidamente.

7. Las formas organizativas para el ejercicio de la iniciativa económica pública en el ámbito autonómico

La tipología de formas organizativas de las que pueden valerse las administraciones de las comunidades autónomas para el desarrollo de actividades económicas reproduce mayoritariamente la prevista en los artículos 84 y siguientes de la LRJSP para la Administración General del Estado con modificaciones menores plenamente válidas ya que estas disposiciones no tienen, salvo algunas excepciones no relevantes aquí, carácter básico (artículo 81.3 en relación con el apartado segundo de la disposición final decimocuarta LRJSP). La enumeración de formas organizativas también tiene en algunas comunidades autónomas carácter cerrado, en la medida en que se prohíbe expresamente que la Administración Autonómica, así como cualquiera de las entidades integrantes del sector público institucional de la misma, ya sea de forma individual o en colaboración con otras entidades públicas o privadas, puedan crear o

⁵⁹ Vid., supra, apartado 5.

⁶⁰ Vid., sobre la distinción entre mercantilidad objetiva y subjetiva, PAZ-ARES, “Comentario al artículo 1670”, en PAZ-ARES et al., *Comentario del Código Civil*, 1991, Tomo II, págs., 1376-1385.

⁶¹ Vid., una síntesis de las distintas posturas doctrinales, MACÍAS RUANO, “El tardío reconocimiento del carácter mercantil de las sociedades cooperativas y su consecuencia”, *Deusto Estudios Cooperativos*, 8, 2016, págs., 55-86.

ejercer el control efectivo, directo o indirecto, sobre entidades distintas de las tipificadas en la correspondiente norma, con independencia de su naturaleza y régimen jurídico⁶².

En el ámbito autonómico tampoco encontramos con carácter general una previsión normativa que expresamente determine las formas organizativas válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica públicas, si bien la interpretación sistemática de la tipificación de las actividades que algunas de las formas organizativas previstas pueden desarrollar permite identificar las que son idóneas para el ejercicio de esta potestad. La única disposición en el ámbito autonómico que establece un mandato expreso respecto de la forma organizativa que ha de adoptarse para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública, en coherencia con el principio de neutralidad competitiva, lo encontramos en la legislación de la comunidad autónoma de Euskadi en la que se ordena que la intervención del sector público de esta comunidad en la actividad económica mediante la producción de bienes o la prestación de servicios y su tráfico en el mercado en términos equivalentes a la iniciativa privada se instrumentará por la constitución o participación en sociedades de capital⁶³, siendo relevante en esta disposición, no la referencia a la actividad sino a las condiciones del despliegue de esta actividad en términos equivalentes a la iniciativa privada.

Entre las distintas formas organizativas enumeradas en la legislación autonómica que pueden desarrollar actividades económicas se distinguen, por una parte, las formas organizativas de Derecho público que se denominan organismos públicos autonómicos⁶⁴, agencias⁶⁵ o entidades públicas instrumentales⁶⁶ y cuyas actividades típicas son prácticamente idénticas⁶⁷ o ligeramente

⁶² Vid., artículos 85.2 Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón; 86.2 Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

⁶³ Vid., artículo 40.1 de la Ley 3/2022, de 12 de mayo, del Sector Público Vasco.

⁶⁴ Vid., artículos, 92 Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón; DA1ª Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre régimen jurídico de la Administración del Principado de Asturias y 4.2 Decreto Legislativo 2/1998, de 25 de junio, por el que se aprueba el texto refundido del Régimen Económico y Presupuestario; 28 Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; 93.2 Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria; 109 Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura; 2.2.a Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid y 4 Ley 5/2025, de 23 de diciembre, de Hacienda de la Comunidad de Madrid; 37 Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de organización y régimen jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; 43 Ley Foral 11/2019, de 11 de marzo, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y del Sector Público Institucional Foral; 19 Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja; 152 Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones, de la Comunidad Autónoma de Valencia.

⁶⁵ Vid., artículos 54.1 Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

⁶⁶ Vid., artículos a; 3 y 54 Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia.

⁶⁷ Vid., artículos, 92 Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón; 28 Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; 109 Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura; 37 Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de organización y régimen jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; 43 Ley Foral 11/2019, de 11 de marzo, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y del Sector Público Institucional Foral; 19 Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja; 152 Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones, de la Comunidad Autónoma de Valencia.

distintas⁶⁸ a esta forma organizativa en el ámbito estatal o simplemente no existen⁶⁹ y constituyen categorías genéricas que integran dos formas organizativas, los organismos autónomos⁷⁰ o agencias administrativas⁷¹, además de las agencias de régimen especial⁷² o los entes de Derecho público de régimen especial⁷³ exclusivamente en el ámbito autonómico, y las entidades públicas empresariales⁷⁴, agencias públicas empresariales⁷⁵, entidades de Derecho

⁶⁸ Vid., artículos 93.2 Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria, definición que no alude a las actividades económicas reservadas a la administración autonómica, omisión que no es relevante porque en la ley de creación del organismo público puede llevarse a cabo esta reserva.

⁶⁹ Vid., artículos 50.1 Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía; DA1ª Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre régimen jurídico de la Administración del Principado de Asturias; DA7ª Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias; DA1ª Ley 13/2010, de 9 de diciembre, de reordenación del sector público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; 85 Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León; 1 1.a y 1.b.1 Texto refundido de la Ley del Estatuto de la empresa pública catalana, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre ; 3 y 54 Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia; 2.1 Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid.

⁷⁰ Vid., artículos, 103 Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón; 38 Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; DA7ª 1.a Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias; 102.1 Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria; DA1ª Ley 13/2010, de 9 de diciembre, de reordenación del sector público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; 86 Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León; 117 Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura; 68.2 Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia 43 Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de organización y régimen jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; 55.1 Ley Foral 11/2019, de 11 de marzo, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y del Sector Público Institucional Foral; 38.1 Ley 3/2022, de 12 de mayo, del Sector Público Vasco; 31.1 Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja; 154.1 Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones, de la Comunidad Autónoma de Valencia.

⁷¹ Vid., artículo 65 Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

⁷² Vid., artículos 54.1.c y b71 Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

⁷³ Vid., Vid., artículos 2.2.b Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid y 5 Ley 5/2025, de 23 de diciembre, de Hacienda de la Comunidad de Madrid.

⁷⁴ Vid., artículos DA1ª Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre régimen jurídico de la Administración del Principado de Asturias y 4.2.b Decreto Legislativo 2/1998, de 25 de junio, por el que se aprueba el texto refundido del Régimen Económico y Presupuestario; 42.1 Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; DA7ª 1.b Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias; 108.1 Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria; 124 Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura; 89.1 Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia; 46.1 Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de organización y régimen jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; 59 Ley Foral 11/2019, de 11 de marzo, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y del Sector Público Institucional Foral;; 40.1 Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja; 155.3 Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones, de la Comunidad Autónoma de Valencia.

⁷⁵ Vid., artículo 68.1.b Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

público⁷⁶, entidades públicas⁷⁷, entes públicos de Derecho privado⁷⁸ o entes de Derecho público sometidos al Derecho privado⁷⁹, formas organizativas todas estas equivalentes por las actividades típicas, respectivamente a los organismos autónomos estatales y a las entidades públicas empresariales estatales y, por otra, las formas organizativas de Derecho privado referidas a las sociedades mercantiles⁸⁰, sociedades de capital⁸¹ sociedades públicas⁸² empresas públicas⁸³ o sociedades civiles⁸⁴, y a las fundaciones⁸⁵. Los organismos públicos, agencias o entidades públicas

⁷⁶ Vid., artículo 110 Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón; DA1ª Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre régimen jurídico de la Administración del Principado de Asturias; DA1ª Ley 13/2010, de 9 de diciembre, de reordenación del sector público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

⁷⁷ Vid., DA1ª Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre régimen jurídico de la Administración del Principado de Asturias y 4.2.a Decreto Legislativo 2/1998, de 25 de junio, por el que se aprueba el texto refundido del Régimen Económico y Presupuestario.

⁷⁸ Vid., artículo 90.1 86 Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y 39.1 Ley 3/2022, de 12 de mayo, del Sector Público Vasco.

⁷⁹ Vid., artículos 2.2.c Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid y 6 Ley 5/2025, de 23 de diciembre, de Hacienda de la Comunidad de Madrid.

⁸⁰ Vid., artículos, 75.2 Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía y 5 Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de La Hacienda Pública de la Junta de Andalucía; 117.1 Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón; 51 Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; 117 Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias; 117 Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria; 1.b.2 Texto refundido de la Ley del Estatuto de la empresa pública catalana, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre; 2.2.c Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura; 102 Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia; 2.2.d Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid 7 Ley 5/2025, de 23 de diciembre, de Hacienda de la Comunidad de Madrid; DA2ª Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de organización y régimen jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; 156.1 Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones, de la Comunidad Autónoma de Valencia.

⁸¹ Vid., 40.1 Ley 3/2022, de 12 de mayo, del Sector Público Vasco.

⁸² Vid., artículos 103.b Ley 14/2007, 7 de a de abril, del Patrimonio de Navarra, 65 Ley Foral 11/2019, de 11 de marzo, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y del Sector Público Institucional Foral; 48.1 Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja;

⁸³ Vid., DA1ª Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre régimen jurídico de la Administración del Principado de Asturias y artículos 4.4 Decreto Legislativo 2/1998, de 25 de junio, por el que se aprueba el texto refundido del Régimen Económico y Presupuestario; 134 Ley 9/2020, de 6 de noviembre, de Patrimonio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; 92 Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

⁸⁴ Vid., artículo 1.b.2 Texto refundido de la Ley del Estatuto de la empresa pública catalana, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre.

⁸⁵ Vid., artículos, 78 Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía y 55 Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía; 134 Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón; DA1ª Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre régimen jurídico de la Administración del Principado de Asturias y 4.5 Decreto Legislativo 2/1998, de 25 de junio, por el que se aprueba el texto refundido del Régimen Económico y Presupuestario; 55 Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; 4.3 Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias y Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias; 124 Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria; 4.3 Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha; 6.3 Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León; 174 Ley 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público y 331-2 Código Civil de Cataluña y 411-2.4 Código tributario de Cataluña; 160.4 Ley 2/2008, de 16 de junio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura; 113; 2.2.f Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid 9 Ley 5/2025, de 23 de diciembre, de Hacienda de la Comunidad de Madrid; 113.1 Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia DA2ª Ley

instrumentales autonómicas, de acuerdo con las definiciones dispuestas allí donde existen, pueden desarrollar tanto actividades propias de la administración pública pero que, no es dudoso, que tienen naturaleza económica (fomento, prestación o gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación) como también actividades económicas reservadas a las administraciones públicas.

No obstante, de los dos tipos de organismos públicos, agencias o entidades públicas instrumentales autonómicos, los organismos autónomos o agencias administrativas autonómicos además de las agencias de régimen especial o los entes de Derecho público de régimen especial exclusivamente en el ámbito autonómico, sólo pueden desarrollar actividades económicas propias de la administración pública (fomento, prestaciones, de gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación) y, por tanto, amparados en una habilitación distinta de la potestad de iniciativa económica pública, mientras que, por el contrario, las entidades públicas empresariales, agencias públicas empresariales, entidades de Derecho público, entidades públicas, entes públicos de Derecho privado o entes de Derecho público sometidos al Derecho privado autonómicos, junto a actividades económicas propias de las administraciones públicas (prestacionales) pueden desplegar actividades económicas reservadas a la administración pública (gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación) y, por tanto, en ambos casos el título habilitante para desplegarlas no puede ser la potestad de iniciativa económica pública, sino, respectivamente, la habilitación para llevar a cabo las correspondientes prestaciones públicas y la habilitación derivada de la reserva de una actividad a la administración pública ex artículo 128.2 in fine CE atribuida en la propia ley de creación de la entidad o la potestad de autoorganización.

Sin embargo, las agencias públicas empresariales de la comunidad autónoma de Andalucía y los entes públicos empresariales de la comunidad autónoma de Castilla y León se prevé que también puedan llevar a cabo actividades consistentes, en el primer caso, en la producción, en régimen de libre mercado, de bienes y servicios de interés público destinados al consumo individual o colectivo mediante contraprestación⁸⁶ y, en el segundo, actividades de carácter económico, comercial, industrial, agrario, financiero o análogo⁸⁷, pero es claro que estas actividades sólo pueden llevarlas a cabo amparadas en una habilitación distinta de la potestad de iniciativa económica pública, pues la forma organizativa pública lo impide y, por tanto, la referencia, en el primer caso, al despliegue de las actividades previstas en régimen de libre mercado no puede significar en igualdad de condiciones que los particulares sino en concurrencia con estos igual que sucede con la prestación de servicios públicos en sentido substantivo, objetivo y amplio. Esta misma necesidad de contar con una habilitación distinta de la potestad de iniciativa económica pública es aplicable con respecto a las entidades autónomas que realizan operaciones o prestan servicios de carácter principalmente comercial, industrial o financiero y a las actividades no

7/2004, de 28 de diciembre, de organización y régimen jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; 156.1 Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones, de la Comunidad Autónoma de Valencia.

⁸⁶ Vid., artículo 68.1.b Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

⁸⁷ Vid., artículo 90.1 Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

tipificadas que puedan desarrollar las entidades de Derecho público que deban ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado de la comunidad autónoma de Cataluña⁸⁸.

La tipificación de las actividades económicas que definen a los dos tipos de organismos públicos, agencias o entidades públicas instrumentales autonómicos, los organismos autónomos, agencias administrativas, además de las agencias de régimen especial⁸⁹ o los entes de Derecho público de régimen especial⁹⁰ exclusivamente en el ámbito autonómico, y las entidades públicas empresariales, agencias públicas empresariales, entidades de Derecho público, entidades públicas, entes públicos de Derecho privado o entes de Derecho público sometidos al Derecho privado autonómicos, bien las propias de la administración pública o bien las reservadas por ley a la administración pública, excluyen que, en coherencia con el principio de neutralidad competitiva, las administraciones autonómicas puedan utilizar estas formas organizativas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública y, por tanto, las únicas formas organizativas que están a disposición de estas administraciones para el ejercicio de esta potestad son las sociedades mercantiles, sociedades de capital, sociedades públicas o empresas públicas estatales y las fundaciones del sector público, aunque no sólo para el despliegue de actividades económicas en virtud de esta potestad sino también cualquier otra actividad que puedan desarrollar en virtud de otra habilitación pues, a diferencia de las formas organizativas de Derecho público, las formas organizativas de Derecho privado no están definidas por la naturaleza de las actividades que pueden desplegar.

La identificación de la fundación como tipo de forma organizativa para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública por las administraciones de las comunidades autónomas no plantea ningún problema más allá de la determinación del régimen jurídico, estatal o autonómico, aplicable en cada caso en función del territorio en el que desarrolle principalmente su actividad. En cualquier caso, son fundaciones del sector público autonómico las fundaciones que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de la Comunidad Autónoma o de cualquiera de las entidades del sector público institucional autonómico, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución y también las fundaciones en las que su patrimonio esté integrado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por la Administración de la Comunidad Autónoma o por cualquiera de las entidades del sector público institucional autonómico o, en fin, las fundaciones en las que la mayoría de los derechos de voto en su patronato corresponda a la Administración de la Comunidad Autónoma o del sector público institucional autonómico⁹¹.

En cambio, la pluralidad terminológica utilizada por la legislación autonómica para referirse a las formas societarias válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública nos obliga a precisar tanto su significado como los tipos o formas societarias que comprende, pues en estas disposiciones las sociedades autonómicas se definen únicamente en función del control

⁸⁸ Vid., artículos 1.a y 1.b.1 Texto refundido de la Ley del Estatuto de la empresa pública catalana, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre.

⁸⁹ Vid., artículos 54.1.c y b71 Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

⁹⁰ Vid., Vid., artículos 2.2.b Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid y 5 Ley 5/2025, de 23 de diciembre, de Hacienda de la Comunidad de Madrid.

⁹¹ Vid., *supra*, nota 79 en la que figuran las disposiciones de las comunidades autónomas que fijan el concepto de fundación pública bien por remisión al establecido en el artículo 128.1 LRJSP bien estableciendo uno propio siguiendo los criterios de aquel.

que la comunidad autónoma ostenta sobre las mismas⁹². Las expresiones sociedades públicas o empresas públicas autonómicas son utilizadas para referirse a las sociedades mercantiles que están bajo el control de la correspondiente comunidad autónoma, mientras que la noción de sociedades de capital remite a los tipos de sociedades mercantiles regulados en la Ley de sociedades de capital. Por consiguiente, para determinar el tipo o tipos de sociedades mercantiles válidos para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública por las administraciones de las comunidades autónomas es relevante tener en cuenta la mención que todas las normas efectúan a la participación en el capital social en la definición de las sociedades mercantiles autonómicas, pues esta mención, junto con las razones expuestas anteriormente⁹³, nos llevan a concluir que los únicos tipos societarios válidos son la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, pero en ningún caso ni la forma de sociedad comanditaria por acciones ni tampoco la sociedad civil por las razones también expuestas anteriormente, siendo así las formas organizativas válidas plenamente coherentes con el principio de neutralidad competitiva.

En cambio, la validez de la sociedad cooperativa no es clara puesto que la expresión sociedad mercantil es utilizada también en la legislación autonómica con el significado de su dimensión objetiva o contractual y no subjetiva o por la naturaleza de la actividad económica que desplegara a la que no se alude en la legislación analizada y si bien el carácter subjetivamente mercantil de la cooperativa no es dudoso, si es polémica, en cambio, la naturaleza mercantil de la dimensión objetiva o del contrato, de modo que ante el carácter doctrinalmente polémico de la naturaleza de la sociedad cooperativa habrá que negar que ésta pueda ser una forma organizativa válida para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública. No obstante, y quizás como consecuencia de la referida polémica doctrinal en torno a la naturaleza mercantil o no de la sociedad cooperativa, en el ámbito autonómico como la legislación de cooperativas de algunas comunidades autónomas⁹⁴ reconoce expresamente esta forma societaria como válida para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública por las respectivas administraciones de las comunidades autónomas y en las restantes comunidades autónomas se prevé la habilitación a los poderes públicos para ser socios de esta forma social⁹⁵, no cabe sino concluir que la sociedad cooperativa también constituye una forma organizativa que puede ser adoptada válidamente por las comunidades autónomas para el ejercicio de la iniciativa económica pública.

⁹² Vid., *supra*, notas 75, 76, 77 y 78 en las que figuran las disposiciones de las comunidades autónomas que fijan el concepto de sociedades mercantiles, sociedades de capital, sociedades públicas o empresas públicas autonómicas en función de diversos criterios que determinan el control de la administración de la comunidad autónoma sobre las mismas, siendo el criterio más general ser titular de una participación, directa o indirecta, superior al cincuenta por ciento del capital.

⁹³ Vid., *supra*, apartado 5

⁹⁴ Vid., artículos 27 de la Ley 5/2023, de 8 de marzo, de sociedades cooperativas de las Illes Balears, 18.2 de la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia, 20.2 de la Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja y 19.2 del texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana aprobado por el Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo, del Consell.

⁹⁵ Vid., artículos 13.1 Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas; 16.1 y 16.2 Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón; 21.1 Ley 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas; 19 Ley 4/2022, de 31 de octubre, de Sociedades Cooperativas de Canarias; 17.1 Ley 6/2013, de 6 de noviembre, de Cooperativas de Cantabria; 18.1 Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León; 22.1 Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha; 22.1.b Ley 12/2015, de 9 de julio, de cooperatives; 24 Ley 9/2018, de 30 de octubre, de sociedades cooperativas de Extremadura; 14.1 y 14.2 Ley 2/2023, de 24 de febrero, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid; 20.2 Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra; 19.1 Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de Cooperativas de Euskadi.

8. Las formas organizativas para el ejercicio de la iniciativa económica pública en el ámbito local

El carácter bifronte del régimen jurídico de la administración local comporta que al analizar las formas organizativas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública en el ámbito local debemos tener presente no sólo la legislación estatal relativa a las bases del régimen jurídico de la administración local sino también la legislación de las comunidades autónomas que desarrolla las bases establecidas en la legislación estatal. En contraste con la legislación en el ámbito estatal y autonómico, la legislación estatal (artículo 86.1.I LBRL ab initio) y autonómica⁹⁶ relativa al régimen jurídico de la administración local contiene una disposición expresa reconociendo la potestad de iniciativa económica local. Este reconocimiento es innecesario porque el primer inciso del artículo 128.2 CE contiene una habilitación directa a todos los poderes públicos para el ejercicio de la iniciativa económica pública y, además de innecesario, el reconocimiento de la potestad se formula de forma equívoca pues se caracteriza por desplegarse en régimen de libre competencia o concurrencia con la iniciativa privada⁹⁷ cuando lo que caracteriza a esta potestad es que se ejerce en igualdad de condiciones que los particulares en ejercicio de la libertad de empresa.

La legislación estatal de bases del régimen jurídico de la administración local en materia de iniciativa económica pública local establece las condiciones sustantivas y formales⁹⁸ que ha de cumplir la administración local para ejercer esta potestad y con respecto a las formas de organización que pueden adoptarse remite a cualquiera de las previstas para la gestión de los servicios públicos locales (artículo 95 TRRL). En cuanto a los requisitos sustantivos exigidos para el ejercicio de la iniciativa económica local se refieren a garantizar el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias, llevar a cabo un análisis de mercado relativo a la oferta y a la demanda existente que garantice la rentabilidad de la empresa y que también analice los efectos de la actividad municipal sobre la concurrencia empresarial (artículo 86 1.I LBRL), que la actividad sea de utilidad pública y que se preste dentro del término municipal (artículo 96 TRRL), mientras que los requisitos de orden formal consisten en la tramitación de un procedimiento en el que se acredite la conveniencia y oportunidad de la iniciativa y que el acuerdo de creación de la entidad dependiente o vinculada que desarrollara la correspondiente actividad económica sea aprobado por el pleno del ayuntamiento en el que en el que se ha de determinar la concreta forma de organización (artículo 86.1.II LBRL) entre cualquiera de las previstas para la gestión de los servicios públicos locales (artículo 95 TRRL).

⁹⁶ Vid., artículos 45.1 Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía; 204.1 Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón; 173 Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears; 243.1 Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña aprobado por el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril; 216.1 Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra; 196.1 Ley 8/2010, de 23 de junio, de régimen local de la Comunidad Valenciana; y 96.1 Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi.

⁹⁷ Vid., artículos 45.1 Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía; 243.3 Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña aprobado por el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril; 218.1 Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra; 196.2 Ley 8/2010, de 23 de junio, de régimen local de la Comunidad Valenciana; y 96.2 Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi.

⁹⁸ Vid., TORNOS, "La iniciativa pública económica local. Análisis de un caso concreto", op., cit., esp., págs., 222-224.

La remisión a cualquiera de las formas de organización previstas para la gestión de los servicios públicos locales para concretar la forma de organización para el ejercicio de la iniciativa económica local no es coherente con el principio de neutralidad competitiva pues abarca la gestión por la propia entidad local, el organismo autónomo local, la entidad pública empresarial local y, finalmente, la única forma válida, la sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública. Las razones que explican la falta de validez de las tres primeras formas organizativas ya las hemos expuesto anteriormente con carácter general⁹⁹ y también con carácter especial con respecto tanto a los organismos autónomos como a las entidades públicas empresariales¹⁰⁰, pues la naturaleza pública de estas formas organizativas y la tipología de actividades que pueden desarrollar en nada difieren de las formas que con la misma denominación están previstas en la legislación estatal vigente.

La remisión que efectúa el artículo 85.1 bis LBRL a los artículos 45 a 52 y 53 a 60 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE), para determinar el régimen jurídico de los organismos autónomos locales y de las entidades públicas empresariales locales, no permite plantear ninguna duda sobre el carácter idéntico de estas formas organizativas en el ámbito estatal y en el local y esto sigue siendo así en los artículos 98 a 102 y 103 a 108 de la vigente LRJSP, salvo por lo que respecta a la actividad de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación, que se añade a las que pueden desplegar los organismos autónomos estatales, que deroga la LOFAGE y a la que, por tanto, se ha de entender realizada ahora la remisión.

En cuanto al tipo o tipos de sociedades mercantiles, cuyo capital social sea de titularidad íntegramente público, que pueden adoptarse válidamente como única forma de organización para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica local, expresamente se dispone que deberá adoptar una de las formas previstas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (artículo 85.2 ter LBRL) y, por tanto, la forma de sociedad anónima o de sociedad de responsabilidad limitada pero no, en cambio, la forma de sociedad comanditaria por acciones, también prevista en la referida disposición, pues la responsabilidad personal e ilimitada del socio por las deudas de la sociedad siempre que la administración local asuma la administración y representación de la sociedad (artículos 1.4 y 252 LSC) equivale a una garantía implícita constitutiva de una ayuda pública que distorsionaría la competencia. La forma organizativa de sociedad anónima o de sociedad de responsabilidad limitada será la que habrán de adoptar, por tanto, las administraciones locales de las comunidades autónomas que no cuentan con un régimen propio para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica local¹⁰¹.

Esta ausencia de concreción de la forma o formas organizativas que pueden adoptarse válidamente para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica local también la encontramos en algunas de las disposiciones autonómicas de desarrollo de las bases del régimen

⁹⁹ Vid., *supra*, apartado 5.

¹⁰⁰ Vid., *supra*, apartado 6.

¹⁰¹ Las comunidades autónomas que no disponen de un régimen de desarrollo de las bases de la legislación estatal para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica local, no obstante contar algunas con legislación de desarrollo de las bases, son Asturias, Cantabria, Castilla y León (Ley 1/1998, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León), Castilla-La Mancha (Ley 3/1991, de 14 de marzo, de Entidades Locales de Castilla-La Mancha), Extremadura (Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura), Madrid (Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid) y Murcia (Ley 6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia).

jurídico de la administración local. En estas disposiciones para determinar la forma de organización también se remite a las formas de gestión de los servicios públicos, formas que comprenden la gestión por la propia entidad local, por una entidad de Derecho público (organismo autónomo local y/o entidad pública empresarial local) o por una sociedad mercantil cuyo capital pertenezca íntegramente a la entidad local¹⁰². En todas estas comunidades autónomas, del mismo modo que en la legislación estatal básica y por idénticas razones, hemos de concluir que la única forma de organización válida es la sociedad mercantil cuyo capital pertenezca íntegramente a la entidad local.

La determinación del tipo o tipos de sociedades mercantiles que pueden adoptarse es distinto en las disposiciones de cada una de estas comunidades autónomas, así mientras en alguna se concreta que han de adoptar la forma de sociedad anónima o de cooperativa¹⁰³, en otras solamente se dispone que ha de ser alguna de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada¹⁰⁴, expresión que remite a la forma de sociedad anónima y de sociedad de responsabilidad limitada. Por otra parte, en las comunidades autónomas que en su legislación de desarrollo de las bases estatales no establecen las distintas formas de gestión de los servicios públicos¹⁰⁵, los tipos de sociedades mercantiles válidos como formas de organización de la iniciativa económica local son los que resultan de la legislación local básica que remite a las formas reguladas en la LSC (artículo 85.2 ter LBRL), esto es, también la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada.

En cambio, en la legislación de desarrollo de las bases estatales de algunas comunidades autónomas si se concretan el tipo o tipos de formas organizativas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica local. En este sentido, la legislación de la comunidad autónoma de Andalucía establece que para el ejercicio de actividades económicas las entidades locales adoptarán, preferentemente, la forma de empresa pública local y, a continuación, dispone que tendrá la consideración de empresa pública local cualquier sociedad mercantil con limitación de responsabilidad en la que los entes locales ostenten, directa o indirectamente, una posición dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen¹⁰⁶. No obstante, la utilización del adverbio preferentemente deja entrever la posibilidad de adoptar otra de las formas organizativas previstas para la gestión de los servicios públicos, pero entre las enumeradas¹⁰⁷ únicamente la fundación pública local constituye una forma organizativa válida alternativa a la sociedad mercantil.

La legislación de desarrollo de las bases estatales de la comunidad autónoma de Cataluña también concreta las formas de organización que pueden adoptarse para el ejercicio de la iniciativa económica local y lo hace disponiendo que puede adoptarse la forma de organismo autónomo de carácter industrial, comercial o financiero, o la de sociedad mercantil de capital

¹⁰² Vid., artículos 174.2.a y 159.1 Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears; 309.2.b y 295.3 Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia; 197.2.a Ley 8/2010, de 23 de junio, de régimen local de la Comunidad Valenciana; y 96.4 y 94.2 Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi.

¹⁰³ Vid., artículo 127.1.II Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra.

¹⁰⁴ Vid., artículo 163.1 Ley 20/2006, de 15 de diciembre, Municipal y de régimen local de las Illes Balears; 302.1 Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia.

¹⁰⁵ Vid., Ley 8/2010, de 23 de junio, de régimen local de la Comunidad Valenciana; y Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi.

¹⁰⁶ Vid., artículo 46 Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía.

¹⁰⁷ Vid., artículo 33.3 Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía.

público o mixto, o la de sociedad cooperativa¹⁰⁸. La forma de organismo autónomo de carácter industrial, comercial o financiero es la propia de una entidad de Derecho público¹⁰⁹ y, por tanto, no puede ser adoptada para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica local por coherencia con el principio de neutralidad competitiva, sin perjuicio de que al no ser una de las formas de gestión previstas en la legislación básica resulte dudosa por esto también su validez. En cuanto a la forma de sociedad mercantil se concreta que tiene que adoptar una de las formas de responsabilidad limitada¹¹⁰ y, por tanto, ha de ser bien una sociedad anónima o bien una sociedad de responsabilidad limitada, ambas formas plenamente válidas y coherentes con el principio de neutralidad competitiva, del mismo modo que la forma de sociedad cooperativa también contemplada.

El estudio realizado de las disposiciones vigentes en los ámbitos estatal, autonómico y local en materia de las formas de organización válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública permite ver con claridad el exotismo que representa la vigente redacción del artículo 49.1 de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona al prever expresamente como formas de organización válidas para ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública indistintamente tanto formas de Derecho público -organismos autónomos locales y entidades públicas empresariales locales- como de Derecho privado -sociedades mercantiles municipales y sociedades mercantiles pluripersonales-, además de cualesquiera otras formas jurídicas previstas en la legislación aplicable. El exotismo de la disposición deriva de la vinculación expresa entre la potestad de iniciativa económica pública y las formas organizativas de Derecho público pues éstas típicamente sólo pueden desarrollar o actividades propias de la administración pública que pueden tener carácter económico, como ocurre con los servicios públicos, o actividades económicas reservadas por ley a la administración pública, pero en ningún caso actividades económicas en ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública. En otras palabras, las habilitaciones que cubren el despliegue de las actividades típicas de los organismos públicos son las que derivan de la atribución de competencias o de la reserva legal para la prestación de servicios públicos por parte de los poderes públicos o la reserva legal de actividades a éstos o la potestad de autoorganización de las administraciones públicas pero en ningún caso la potestad de iniciativa económica pública, pues el ejercicio de ésta exige que las actividades económicas desplegadas por los poderes públicos se lleven a cabo bajo el mismo marco legal y condiciones que las desplegadas por la iniciativa económica privada en ejercicio de la libertad de empresa y, es claro, que las formas organizativas de Derecho público no cumplen esta condición al no estar a disposición de éstos últimos.

La mención expresa de la sociedad cooperativa como forma de organización válida para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica local en la legislación autonómica catalana o el silencio de las demás legislaciones autonómicas a este respecto no son, a nuestro juicio, argumentos para negar la posibilidad de que las administraciones locales puedan adoptar esta forma organizativa aunque no esté expresamente recogida ni en la normativa autonómica de desarrollo de las bases estatales aplicable ni en la legislación de bases estatal y esto porque, como

¹⁰⁸ Vid., artículo 243.3 Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña aprobado por el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril.

¹⁰⁹ Vid., ESTEVE PARDO, Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos y entidades de derecho público que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado, *Revista de Administración Pública*, 92, 1980, págs., 353-364

¹¹⁰ Vid., artículo 255.3 Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña aprobado por el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril.

hemos puesto de manifiesto anteriormente, el reconocimiento expreso de la capacidad para ser socios de estas sociedades a todos los poderes públicos en las leyes de cooperativas vigentes¹¹¹ supone una habilitación directa para que todos estos puedan adoptarla. Esta misma conclusión es la que se alcanza con respecto a la fundación como forma organizativa válida para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica local, pues con respecto a ésta tampoco la mención expresa por la legislación autonómica andaluza y el silencio tanto de las restantes legislaciones autonómicas como de la legislación estatal básica, impiden que sea utilizada por las administraciones locales acogiéndose a la habilitación directamente conferida a todos los poderes públicos por las leyes de fundaciones vigentes¹¹².

9. La polivalencia funcional de las formas organizativas válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública y el régimen especial

En los apartados anteriores hemos analizado las formas organizativas que en coherencia con el principio de neutralidad competitiva son válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública. No obstante, estas formas organizativas están sujetas a un régimen especial de organización y funcionamiento, previsto en la legislación estatal, autonómica y local, respecto del régimen general aplicable a estas mismas formas a la iniciativa económica privada cuando las adopta al ejercer simultáneamente el derecho fundamental de libertad de empresa y el de asociación. Esta diferencia de régimen plantea el mismo problema de coherencia con el principio de neutralidad competitiva que hemos resuelto con respecto a las formas organizativas válidas, pues es claro que, sin prejuzgar quién obtiene la ventaja competitiva, los poderes públicos al adoptar estas formas organizativas sujetas a un régimen especial para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública no quedan sujetos al mismo marco legal que los particulares. El análisis de esta derivada del mismo problema de coherencia con el principio de neutralidad competitiva no forma parte, sin embargo, del propósito de este sino de un próximo trabajo, aunque, a continuación, apuntamos los elementos que, a nuestro juicio, pueden resultar provechosos para llevar a cabo este análisis.

El establecimiento de este régimen especial obedece, a nuestro juicio, a que estas formas organizativas pueden ser adoptadas por los poderes públicos no sólo para el despliegue de actividades económicas en virtud de la potestad de iniciativa económica pública, sino también para el desarrollo de cualquier otra actividad económica en virtud de una habilitación distinta. Esto se pone de manifiesto, por ejemplo, en el régimen del expediente de creación de las sociedades anónimas estatales en el que se ha de acompañar un análisis que justifique que la forma jurídica propuesta resulta más eficiente frente a la creación de un organismo público u otras alternativas de organización que se hayan descartado (artículo 114.1.b LRJSP)¹¹³, análisis que no es pertinente para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica pública ya que los organismos públicos no son formas de organización válidas en este ámbito y, por tanto, es claro

¹¹¹ Vid., *supra*, nota 93

¹¹² Vid., artículos, 8.4 Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; 8.4 Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía; 2 Ley 6/2020, de 15 de julio, de Fundaciones de Cantabria; 6 Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León; 331-2 Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas; 9 Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego; 9 Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid; 10 Ley Foral 13/2021, de 30 de junio, de Fundaciones de Navarra; 7.2 Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana; 7.4 Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco.

¹¹³ En idénticos términos también se requiere dicho análisis en el expediente de creación de fundaciones del sector público estatal en el artículo 133.2 en relación con el 92.1.b de la LRJSP

que la alternativa aludida se refiere a la adopción de la forma de sociedad anónima estatal para el desarrollo de actividades económicas en virtud de una habilitación distinta. La adopción de las formas organizativas válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica para el desarrollo de actividades económicas fundadas en una habilitación distinta es posible porque, a diferencia de los organismos públicos estatales, y las formas organizativas equivalentes en la legislación autonómica, estas formas organizativas no están definidas por la naturaleza de la habilitación que les permite desplegar las actividades¹¹⁴.

Esta polivalencia funcional de las formas organizativas válidas para el ejercicio de la potestad de iniciativa económica permite encontrar una explicación al establecimiento del régimen especial al que están sujetas en función de la habilitación en virtud de la que despliegan la actividad económica pero que en ningún caso es la potestad de iniciativa económica pública. El ejemplo más ilustrativo de esta afirmación es el de las sociedades privadas municipales, sociedades anónimas o de responsabilidad limitada cuyo capital es de titularidad íntegra del ente local (artículo 85.2 ter LBRL) y que tienen atribuida la gestión de un servicio público en régimen de monopolio (artículo 86.2.II LBRL). El régimen especial de estas sociedades establece que el Pleno de la corporación local asume las funciones de la junta general¹¹⁵ quedando sujeto su funcionamiento con respecto al procedimiento de convocatoria y a la adopción de acuerdos a los preceptos aplicables al pleno de la corporación en estas materias y aplicándose la LSC a las restantes cuestiones sociales¹¹⁶. El pleno de la corporación actuando como junta general de la sociedad tiene atribuida la competencia para nombrar a los consejeros del órgano de administración de la sociedad que ha de adoptar la forma de consejo de administración y del que pueden formar parte los miembros de la corporación, así como también al gerente como órgano de gestión diaria de la sociedad¹¹⁷. Pues bien, este régimen especial se puede explicar con la finalidad de que los ciudadanos usuarios del servicio público prestado por la sociedad puedan impedir que explote su posición monopolística -por ejemplo, cobrando precios por sus servicios que estén muy por encima del costo de producción- al tener el control directo a través de las elecciones locales de los integrantes del pleno de la corporación local¹¹⁸ y, por tanto, también, el indirecto de los miembros del órgano de administración y del gerente.

10. Bibliografía

ALEX, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1993

ALFARO AGUILA REAL, Jesús, "Competencia desleal por infracción de normas", *Revista de Derecho Mercantil*, 202, 1991, págs. 667-730

¹¹⁴ Esto es, las actividades propias de la administración pública o actividades económicas reservadas por ley a estos organismos públicos.

¹¹⁵ Vid., artículo 90. 1º Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955, en adelante RSCL

¹¹⁶ Vid., artículos 46 y sigs. LBRL), 77 y sigs. Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, y 92 TRLRL

¹¹⁷ Vid., artículos 85.3 ter LBRL; 103.1 TRLRL, i 90, 2n y 93 RSCL

¹¹⁸ Vid., CLARKE y HANSMANN, "Special-Purpose Governments", *The University of Chicago Law Review*, 92, 2025, págs., 633-704, esp., págs., 647-648.

ALONSO SOTO, Ricardo José, “Los poderes públicos y la libertad de competencia (análisis del art. 90 TCE)”, *Aranzadi Comunidad Europea*, 5, 1999, págs., 31-37

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “La iniciativa pública en la constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión”, *Revista de Administración Pública*, 88, 1979, págs., 55-106

AYMERICH CANO, Carlos I., “Entes instrumentales y Derecho comunitario de la contratación pública: el concepto de «organismo de Derecho público»”, *Cuadernos de Derecho Público*, 6, 1999, págs., 113-137

BISBAL MENDEZ, Joaquim, “Servicios públicos e iniciativa económica pública”, en FONT, *Informe sobre el gobierno local*, 1992, págs., 195-244

CASES PALLARERS, Jordi, y AGUILA RECHA, Elisenda, “El régimen especial del Ayuntamiento de Barcelona”, *Cuadernos de Derecho Local*, 2023, págs., 199-230

CIDONCHA MARTÍN, Antonio, *La libertad de empresa*, Aranzadi, 2006

CIDONCHA MARTÍN, Antonio, “Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial”, *Teoría y realidad constitucional*, 23, 2009, págs. 149-188

CLARKE, Conor, y HANSMANN, Henry, “Special-Purpose Governments”, *The University of Chicago Law Review*, 92, 2025, págs., 633-704

EMBED IRUJO, José Miguel, “Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresarial)”, *Anuario de Derecho de fundaciones*, 1, 2010, págs., 15-68

ERMBID IRUJO, José Miguel, *Actividad económica en el mercado e interés general. Sobre el derecho de fundaciones de nuestro tiempo*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.

ESTEVE PARDO, José, “Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos y entidades de derecho público que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado”, *Revista de Administración Pública*, 92, 1980, págs., 353-364

FERNÁNDEZ FARRERES, German, “Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la Administración Económica”; en COSCULLUELA MONTANER, Luis (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico (Libro homenaje al profesor doctor don Sebastián Martín-Retortillo)*, Civitas, 2003, págs., 165-184.

GALGANO, Francesco, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, 1995

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 89, 1996, págs., 69-89

GARCIA GUIJARRO, Pedro, “Los límites jurisprudenciales a la constitucionalidad de la iniciativa pública económica”, *Revista de Derecho Político*, 124, 2025, págs., 207-234

GLÖCKNER, Jochen, “Par conditio concurrentium-Equal treatment in competition as a fundamental principle of market economies”, en GLÖCKNER, Jochen, et al., *Rechtliche Funktionsbedingungen Von Märkten und Formen der Konfliktbeilegung in China und Europa*, 2017, Vol.20, págs., 43-56

GONDRA ROMERO, José Maria, *Derecho Mercantil I, Introducción*, Madrid, 1992

GUILLERN CARAMES, Javier, “Organismos autónomos”, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 2, 2024, págs., 405-459.

HERNANDEZ OLIVER, Blanca, y VILLARINO MARZO, Jorge, “Las Entidades Públicas Empresariales”, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 2, 2024, págs., 461-508

LAGUNA DE PAZ, José Carlos, “La empresa pública: formas, régimen jurídico y actividades”; en PÉREZ MORENO, Ignacio. (coord.): *Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, 1994, págs., 1191-1232.

LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, Francisco de Borja, “La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los derechos fundamentales de las personas jurídicas: su influencia sobre nuestra jurisprudencia constitucional”, *Revista de Administración Pública*, 125, 1991, págs., 557-573

MACÍAS RUANO, Antonio José, “El tardío reconocimiento del carácter mercantil de las sociedades cooperativas y su consecuencia”, *Deusto Estudios Cooperativos*, 8, 2016, págs., 55-86.

MARTIN RETORTILLO, Sebastián, *Derecho Administrativo Económico*, I, La Ley, 1998

MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Los límites constitucionales de la libertad de empresa”; en COSCULLUELA MONTANER, Luis, {coord.}, *Estudios de Derecho Público Económico (Libro homenaje al profesor doctor don Sebastián Martín-Retortillo)*, Civitas, 2003, págs. 139-164.

NIETO GARCIA, Alejandro, “La administración sirve con objetividad los intereses generales”, en MARTIN RETORTILLO, Sebastián, et alt., *Estudios sobre la Constitución española*, Vol., 3, Civitas, 1991, págs. 2185-2254

OCDE, *Competitive Neutrality*, 2012

OCDE, *Competitive Neutrality Toolkit*, 2024

ORTEGA, Luis, y ARROYO, Luis, “Comentario al artículo 128”, en RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel, y CASAS BAHAMONDE, Maria Emilia (dirs.) *Comentarios a la Constitución española*, Tomo II, 2018, págs., 832-841.

ORTEGA BERNARDO, Julia, “Competencia, servicios públicos y actividad económica de los municipios (Presupuestos actuales para su delimitación y su ejercicio)”, *Revista de Administración pública*, 169, 2006, págs., 55-98.

PALAU RAMIREZ, Felipe, “La responsabilidad del socio de una sección de cooperativa: imputación de pérdidas y deuda bancaria”, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 39, 2021, págs., 135-164

PAREJO ALFONSO, Luciano, “Organización y actividad en la Administración Pública”; en PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, 1995.

PAREJO ALFONSO, Luciano, “Servicios públicos y Servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 7, 2004, págs., 51-68.

PAREJO ALFONSO, Luciano, “Interés público como criterio de control de la actividad administrativa”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2004, págs., 125-148.

PAREJO ALFONSO, Luciano, “Reflexiones sobre la Economía y la Administración pública en la Constitución”, *Cuadernos de Derecho Público*, 25, 2005, págs., 27-54

PAREJO ALFONSO, Luciano, “El campo del sector público empresarial estatal y sus tipos de actividades y organización”, *Presupuesto y gasto público*, 83, 2016, págs., 9-46

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2024

PASCUA MATEO, Fabio, “Las Sociedades Mercantiles Estatales”, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 2, 2024, págs., 601-612.

PAU PEDRON, Antonio, “Comentario al artículo 4”, en PAU PEDRON, Antonio, *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, 1992

PAZ-ARES RODRIGUEZ, José Cándido, “Comentario al artículo 1665”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, José Cándido, et al., *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 1991.

PAZ-ARES RODRIGUEZ, José Cándido, “Comentario al artículo 1670”, en PAZ-ARES RODRIGUEZ, José Cándido, et al., *Comentario del Código Civil*, 1991, Tomo II, págs., 1376-1385.

PAZ-ARES RODRIGUEZ, José Cándido, “Comentario al artículo 2.2”, en PAU PEDRON, Antonio, *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, 1992, págs., 36-46

PAZ-ARES RODRIGUEZ, José Cándido, y ALFARO AGUILA REAL, Jesús, “Comentario al artículo 38”, en RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel, y CASAS BAHAMONDE, Maria Emilia, (dirs.) *Comentarios a la Constitución española*, Tomo II, 2018, págs., 1247-1274.

PAZ-ARES RODRIGUEZ, José Cándido, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*, 2019

PAZ SOLER, Maria De La Paz, “Comentario al artículo 15”, en MASSAGUER FUENTES, José, *Comentario a la Ley de competencia desleal*, 1999, págs., 430-468

RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel, y CASAS BAHAMONDE, Maria Emilia, (dirs.) *Comentarios a la Constitución española*, Tomo I, 2018

PUTNINS, Tālis J., “Economics of State-Owned Enterprises”, *International Journal of Public Administration*, 38, 2015, págs., 815-832

RODRIGUEZ SOLA, César, “La cooperativa como forma de gestión de los servicios públicos locales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 260, 1993, págs., 761-782

ROJO FERNANDEZ-RIO, Ángel, “Actividad económica pública y actividad económica privada en la constitución española”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1983, págs., 309-344

SCHOLZ, R., en Maunz/Durig, *Grundgesetz Kommentar*, II, Munich, 1981, art. 12

SOSA WAGNER, Francisco, “Comentario a la desafortunada sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 1989”, *Poder judicial*, 19, 1990, págs., 309-312.

TORNOS MAS, Joaquim, “La iniciativa pública económica local. Análisis de un caso concreto”, *Cuadernos de Derecho Local*, 68, 2025, págs. 212-239

TRONCOSO REIGADA, Antonio, *Privatización, empresa pública y constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

Jurisdicción ordinaria y control de convencionalidad en violencia de género y otros supuestos de afectación de derechos humanos (a propósito del ATC 301/2023, 6 junio)

Sumario

El artículo 834 del Código Civil reconoce el derecho del cónyuge supérstite a la legítima viudal. No obstante, se condiciona a que, en el momento del fallecimiento, los cónyuges no estén separados de hecho o legalmente. En el supuesto en que la causa de separación sea la existencia de una orden de protección en el ámbito de la violencia de género se planteó al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad por entender que el artículo citado era inconvencional. En concreto, el Juzgado de Primera Instancia promotor de la cuestión consideró que la norma interna civil no respetaba diferentes derechos reconocidos en el Convenio de 11 de mayo de 2011, de Estambul. En el trabajo se analiza el auto del Tribunal Constitucional con el que se inadmitió la cuestión planteada y a propósito de este se profundiza en la concreción del papel que desempeña la Jurisdicción ordinaria en la se analiza la construcción jurisprudencial constitucional en torno al control difuso de convencionalidad. En concreto, se plantean dos cuestiones investigativas relevantes. Por un lado, si en caso de conflicto entre norma interna e internacional, la Jurisdicción ordinaria debe promover una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. En segundo lugar, se concreta con base a qué principios deben resolverse los concursos entre normas internas y convencionales sin que ninguna de ellas sea declarada inválida, pero sea desplazada, en cuanto a la aplicación, por la otra.

Abstract

Art. 834 of the Spanish Civil Code recognises the right of the surviving spouse to a statutory legacy. Nevertheless, it is conditional on the fact that, in the moment of the decease, the spouses are not legally or de facto divorced. In case that the reason of divorce is the existence of a restraining order in the scope of gender violence, a question of unconstitutionality was presented to the Constitutional Court, as it was understood that article 834 was unconventional. Specifically, the court of first instance that promoted this question considered that the internal civil precept did not respect different rights recognised on Convention of 11 May 2011, of Istanbul. This paper analyzes the order of the Constitutional Court by which the question raised was declared inadmissible and, on that basis, further examines the specific role played by the ordinary jurisdiction, as well as the constitutional jurisprudential construction surrounding diffuse control of conventionality. In particular, two relevant research questions are addressed. First, whether, in the event of a conflict between domestic and international legislative precepts, the ordinary jurisdiction must refer a question of constitutionality to the Constitutional Court. Second, the paper specifies the principles on the basis of which conflicts between domestic and conventional norms should be resolved when neither is declared invalid, but one is set aside in its application in favour of the other.

Title: *Ordinary jurisdiction and control of conventionality in gender violence and other human rights violation (in light of ATC 301/2023, of 6 June).*

-

Palabras clave: Jurisdicción ordinaria; control de convencionalidad; derechos humanos; control de constitucionalidad; violencia de género, sumisión jurisdiccional a la ley.

Keywords: *Ordinary jurisdiction, control of conventionality, human rights, constitutional control, gender-violence, jurisdictional submission to the law*

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i2.04

2.2026

Recepción

1/12/2025

-

Aceptación

20/01/2026

-

1. Sumisión exclusiva a la ley, examen de legitimidad y garantía jurisdiccional de derechos humanos

2. Cuestión de inconstitucionalidad e inconvencionalidad de normas internas: a propósito de los derechos humanos de víctimas de violencia de género (ATC 301/2023, 6 junio)

2.1. Antecedentes

2.2. Violencia de género y legítima viudal

2.2.1. Convenio de Estambul y derechos de las víctimas

2.2.2. *Ratio* del art. 834 CC

2.3. Inadmisión de la cuestión: los tratados internacionales no integran el bloque de constitucionalidad

3. Parámetros y principios para el control de convencionalidad en general, y en especial, en materia de derechos humanos

3.1. Introducción

3.2. Parámetros en la jurisprudencia constitucional

3.2.1. Debate en torno al carácter abstracto o difuso (STC 270/2015, 17 diciembre (Pleno))

3.2.2. Fijación del carácter difuso (STC 140/2018, 20 diciembre (Pleno))

3.2.3. Alcance de la intervención del TC *ex post* vía “recurso” de amparo

a. STC 10/2019, 28 enero (Sala 2ª)

b. STC 80/2019, 17 junio (Pleno)

3.3. Concurso de ley interna y convencional: prevalencia de los tratados y principio *pro persona*

4. Bibliografía

-

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

1. Sumisión exclusiva a la ley, examen de legitimidad y garantía jurisdiccional de derechos humanos^{1*}

La doctrina procesalista ha elaborado diferentes teorías para definir la función judicial², tanto subjetivas como objetivas. Para las primeras, la función jurisdiccional consiste en la tutela de derechos subjetivos de los particulares cuando necesitan protección³. Dentro de esta modalidad, se ha entendido que la función de la Jurisdicción es la resolución de controversias entre derechos subjetivos⁴. Sin embargo, esta teoría es incapaz de explicar todos los supuestos de actuación jurisdiccional en los que no están en juego ese tipo de derechos. Descartada la validez de las teorías subjetivas, la doctrina sostiene la adecuación de las objetivas para explicar la función jurisdiccional.

Dejando a un lado las distintas formulaciones teóricas⁵, existe unanimidad en sostener que la función de la Jurisdicción consiste en la actuación del Derecho objetivo al caso concreto. Esta concepción tiene como ventaja ofrecer una visión unitaria de la Jurisdicción en cuanto potestad o función estatal⁶, y es la que se deriva de la redacción del artículo 117.3 de la Constitución de 1978 (en adelante, “CE”). Somos conscientes de que la Administración pública también aplica el Derecho al caso concreto⁷, si bien, lo hace de distinta manera que la Jurisdicción y con diferente

^{1*} Luis Andrés Cucarella Galiana: Luis.a.cucarella@uv.es Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Aportes del Derecho procesal a la consecución y consolidación de la cultura de paz” (PID 2024-160932NB -I00). IP (1) Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín. IP (2): Marcos Loredó Colunga.

² Sobre la Jurisdicción en general, ORTELLS RAMOS, et al, *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., pp. 47-52. Sobre las diferentes teorías, SERRA DOMÍNGUEZ, “Jurisdicción”. *Estudios de Derecho Procesal*. Ariel, España, 1969, pp. 23-51; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, «Notas relativas al concepto de Jurisdicción». *Estudios de teoría general*. México 1974, pp. 29-60.

³ Sobre estas teorías, SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., p. 24.

⁴ Véase sobre esta teoría y su crítica, *Ibíd.*, pp. 24-28

⁵ Sobre las distintas orientaciones de las teorías objetivas, *Ibíd.* pp. 28-43.

⁶ En este sentido, CORDÓN MORENO, *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*. Pamplona 1979, pp. 59-60, afirma que «en un sentido genérico, fin primario de la jurisdicción es, por tanto, el lograr la efectividad del derecho objetivo y, sólo como consecuencia, la efectividad de las situaciones jurídicas individuales. Sólo desde este punto de vista es posible un concepto unitario de jurisdicción como poder y como función del Estado aplicable a cada una de sus manifestaciones (civil, penal, administrativa, etc.)».

⁷ Es por ello que no podemos limitarnos a sostener que el papel que desempeñan los jueces y juezas es sin más, aplicar el Derecho al caso concreto. La razón es evidente. También la Administración pública desempeña esa función (art. 103 CE). Sobre este artículo y el papel que tiene encomendada la Administración pública en la CE, MARTÍN REBOLLO, «La Administración en la Constitución (Arts. 103 a 107)». *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992, pp. 51-82.

Respecto al control jurisdiccional de la actuación administrativa, el artículo 106.1 CE dispone que «los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican». Sobre este control, VANOSSI, Jorge Reinaldo, «La revisión de los abusos de derecho en el derecho público y la justiciabilidad de las desviaciones de poder (homenaje al artículo 106 de la Constitución española)». *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano* (coord. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco), 2003, pp. 127-158.

De este modo, como la Administración pública debe servir a los intereses colectivos en los términos del artículo 103.1 CE, la actividad administrativa es controlable a los efectos de comprobar si se han respetado los derechos de los administrados. Por el contrario, la aplicación jurisdiccional del Derecho, sin perjuicio del sistema de recursos que se establezca, es irrevocable, en tanto que no es controlada por instancia posterior.

eficacia⁸. Así, es preciso indicar que la potestad jurisdiccional consiste en la actuación del Derecho objetivo por vía de heterotutela y con valor de cosa juzgada⁹.

En este contexto en que nos estamos moviendo, indicamos que descartamos como objeto de nuestro estudio los supuestos en que los órganos administrativos aplican al caso concreto normas jurídicas. Nuestro objetivo es prestar atención a la posición de los jueces y juezas de la Jurisdicción ordinaria en relación con la ley.

Al respecto, la doctrina ha señalado cuál debe ser esa posición: la Jurisdicción ordinaria debe llevar a cabo un doble examen de legitimidad de las normas aplicables al caso¹⁰. Por un lado, un análisis jurídico formal, atendiendo a su aprobación y el procedimiento seguido para ello, y por otro, jurídico material, verificando si contradice o no norma de rango superior¹¹. Por este motivo, en el caso en que se detecte esa contradicción, el juez o la jueza están legitimados para no aplicar un reglamento ilegal, o una norma inconstitucional previa a la CE.

⁸ Observada la identidad funcional entre la potestad jurisdiccional y algunas potestades administrativas, se ha querido encontrar en la diferente eficacia jurídica que produce el ejercicio de una y otra potestad, un criterio para distinguirlas. Véase en este sentido, BONET NAVARRO, Ángel, «Derecho y Derecho Jurisdiccional». *Escritos sobre la Jurisdicción y su actividad*. Zaragoza 1981, pp. 57-58; SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pp. 51-52; CASTILLO RIGABERT, *La admisión del recurso de amparo*. Universidad de Murcia, 1991, p. 26; ORTELLS RAMOS, et al, *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., pp. 127-130.

⁹ Sobre el efecto de cosa juzgada de las resoluciones judiciales, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ed. Ramón Areces 1991; TAPIA FERNÁNDEZ, *El objeto del proceso: alegaciones, sentencia, cosa juzgada*. La Ley-Actualidad 2000; DE PADURA BALLESTEROS, *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada: su régimen en la LEC 1/2000*. Tirant lo Blanch 2002; DE LA OLIVA SANTOS, *Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil*. Aranzadi 2006; NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*. Atelier 2006. Por el contrario, la actuación del Derecho mediante potestades administrativas carece de la eficacia de producir cosa juzgada y el acto jurídico que se realiza con esa actuación se halla esencialmente expuesto a ser revisado y, en su caso, anulado, mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional por los órganos (jurisdiccionales) que la tienen exclusivamente atribuida” (ORTELLS RAMOS, et al, *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., p. 128).

Referencias al valor de cosa juzgada en las decisiones jurisdiccionales, podemos encontrar en algunos preceptos de la CE. Así, el artículo 161.1 a) CE que indica que la «declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada». También debe citarse el artículo 164.1 CE, que predica la eficacia de cosa juzgada de las sentencias del TC a partir del día siguiente de su publicación en el BOE.

Respecto al control jurisdiccional de la actuación administrativa, el artículo 106.1 CE dispone que «los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican». Sobre este control, VANOSSI, Jorge Reinaldo, «La revisión de los abusos de derecho en el derecho público y la justiciabilidad de las desviaciones de poder (homenaje al artículo 106 de la Constitución española)». La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano (coord. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco), 2003, pp. 127-158.

De este modo, como la Administración pública debe servir a los intereses colectivos en los términos del artículo 103.1 CE, la actividad administrativa es controlable a los efectos de comprobar si se han respetado los derechos de los administrados. Por el contrario, la aplicación jurisdiccional del Derecho, sin perjuicio del sistema de recursos que se establezca, es irrevocable, en tanto que no es controlada por instancia posterior.

Observada la identidad funcional entre la potestad jurisdiccional y algunas potestades administrativas, se ha querido encontrar en la diferente eficacia jurídica que produce el ejercicio de una y otra potestad, un criterio para distinguirlas. Véase en este sentido, BONET NAVARRO, Ángel, «Derecho y Derecho Jurisdiccional». *Escritos sobre la Jurisdicción y su actividad*. Zaragoza 1981, pp. 57-58; SERRA DOMÍNGUEZ, , op. cit., pp. 51-52; CASTILLO RIGABERT, *La admisión del recurso de amparo*. Universidad de Murcia, 1991, p. 26; ORTELLS RAMOS, et al, *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., pp. 127-130.

¹⁰ En este punto, seguimos a GIMENO SENDRA, (con DÍAZ MARTÍNEZ, /CALAZA LÓPEZ, *Introducción al Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch, España. 2020, p. 46.

¹¹ En relación con este examen, *Ibidem*, p. 46, afirma que a través de este examen «debe constar la legitimidad de la norma, es decir, si se conforma o contradice otras de rango superior».

En el caso en que se trate de norma posterior a la CE, la posición de la Jurisdicción ordinaria es diferente. El sistema de Justicia constitucional previsto en nuestro ordenamiento jurídico impide que un juez o jueza de la Jurisdicción ordinaria pueda declarar, ni siquiera con efectos *inter partes*, la inconstitucionalidad de una norma¹². Al contrario, debe promover la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad para que sea el Tribunal Constitucional (en adelante, “TC”) quien proceda a realizar dicha declaración y la expulse del ordenamiento jurídico¹³ (art. 163 CE).

El trabajo que estamos presentando se encuadra en este contexto de realización de control de legitimidad de normas internas por la Jurisdicción ordinaria y la decisión sobre la aplicación o no al caso concreto. En particular, queremos enfrentar el análisis de cómo debe proceder la Jurisdicción ordinaria en los casos en que tenga que aplicar al caso concreto una norma interna sospechosa de ser inconvencional. Es decir, contraria a lo previsto en un tratado internacional incorporado al ordenamiento jurídico español. Así, vamos a profundizar en el análisis de la posición de la Jurisdicción ordinaria frente a la “ley interna” y la “ley convencional” en caso de contradicción entre ellas.

Somos conscientes de que el tema de la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico se ha abordado por el TC en diferentes resoluciones. Sin embargo, nosotros queremos poner el acento exclusivamente en el ámbito de los derechos humanos.

Para realizar nuestro estudio, tomamos como punto de partida el auto 301/2023 del TC (en adelante, “ATC 301/2023”), de 6 de junio, rec. 1700/2023¹⁴, en el que se inadmite una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el titular de un Juzgado por considerar que una norma civil interna era contraria a disposiciones normativas internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres víctimas de violencia de género¹⁵. Nótese que el titular de la potestad jurisdiccional, al controlar si una norma interna era o no convencional, decide suspender el proceso y promover una cuestión de inconstitucionalidad. Es decir, remite al TC la decisión sobre si los derechos humanos de las mujeres víctimas de violencia y reconocidos en normas internacionales eran respetados por la norma civil interna.

Queremos subrayar que el TC fundamenta la decisión tomada en el auto referido, remitiéndose expresamente a la STC 140/2018, de 20 de diciembre. Esta resolución es reconocida por la

¹² Sobre el modelo de control en concreto de constitucionalidad de una norma puede verse, VÉLEZ, José Miguel, «El control concreto de constitucionalidad», *Revista Jurídica de Derecho Público*, tomo 5, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2011, pp. 19-75.

¹³ *Ibidem*, p. 46 afirma si el juez «observara la quiebra de alguno de estos dos exámenes, habrá de determinar su naturaleza, bien para dejarla inaplicada (caso de los Reglamentos ilegales o de Leyes inconstitucionales anteriores de la Constitución: vide art. 6 LOPJ y Disposición Derogatoria 3ª de la CE), bien para promover de oficio la “cuestión de inconstitucionalidad” (cuando se trate de disposiciones con rango de ley contrarias y posteriores a la Constitución: vide art. 5.2 y 3 LOPJ)».

¹⁴ Base de datos Aranzadi Westlaw RTC\2023\301 AUTO.

¹⁵ Sobre la dimensión civil de la violencia de género, ÁLVAREZ OLALLA, María del Pilar, *Violencia de género y responsabilidad civil*, Reus, España, 2020; BELLO JANEIRO, Domingo, «Aspectos civiles de la violencia de género» *Familia y Derecho en la España del siglo XXI: libro homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gonsálbez* (MARÍN VELLADRE, Asunción; CABEZUELO ARENAS, Ana Laura; MORENO MOZO, Fernadno, dirs.), 2021, pp. 271-290; FEBLES YANES, Eloísa, «La responsabilidad civil en los delitos de violencia de género y en la violencia doméstica» *La Ley* núm. 7786, 2012; HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, *Implicaciones jurídico civiles de la violencia de género*, Dykinson 2025; TONNA PRUENCE, Lucía, «La responsabilidad civil derivada de la violencia basada en género» *Revista crítica de Derecho Privado*, núm. 17, 2020, pp. 1115-1125; MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, *Mujeres mayores víctimas de violencia de género y tutela civil de sus derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch, España, 2024; SOLÉ RESINA, Judith, «El papel del Derecho Civil en lucha contra la violencia de género», *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, 2006, pp. 1797-1816; VELA SÁNCHEZ, Antonio, *Las consecuencias civiles de la violencia de género. Estudio doctrinal y jurisprudencial*. Bosch, España, 2022.

doctrina como la que consagra el “control de convencionalidad¹⁶” en el sistema de Justicia constitucional español.

Es por ello por lo que para poder analizar y establecer cuál debe ser la posición de la Jurisdicción ordinaria ante normas internas inconvencionales, queremos estudiar cuáles han sido los precedentes jurisprudenciales de la STC 140/2018, así como otras resoluciones dictadas con posterioridad en las que el TC confirma la jurisprudencia fijada. En todo caso, nos movemos en relación con la necesidad de proteger adecuadamente los derechos humanos.

De esta manera, el trabajo que realizamos va dirigido a resolver a estas dos cuestiones investigativas que planteamos a continuación:

1ª. ¿La Jurisdicción ordinaria debe promover cuestión de inconstitucionalidad en supuestos de inconvencionalidad de normas internas?

2ª. ¿El control de convencionalidad en general, y en particular en materia de derechos humanos, con base a qué parámetros o principios se realiza?

2. Cuestión de inconstitucionalidad e inconvencionalidad de normas internas: a propósito de los derechos humanos de víctimas de violencia de género (ATC 301/2023, 6 junio)

2.1. Antecedentes

El 14 de marzo de 2023 tuvo entrada en el registro general del TC un oficio del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción (en adelante, “JPPI”) número 3 de Ronda promoviendo una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 834 del Código Civil (en adelante, “CC”).

A los efectos de entender el contexto, es preciso tener presente que el JPPI estaba tramitando un procedimiento de sucesión hereditaria en el que la viuda, víctima de violencia de género, solicitó la declaración de legitimaria en el caudal hereditario de su esposo.

Fueron los tres hijos del matrimonio los que al no existir testamento del causante solicitaron declaración de herederos abintestato, omitiendo reconocer como legitimaria a la viuda al amparo de lo previsto en el artículo 834 CC, en la medida en que los progenitores se encontraban separados al tiempo del fallecimiento del padre.

La madre sostuvo que la separación se debió a una orden de alejamiento impuesta al fallecido por sentencia de un Juzgado de lo Penal dictada el 18 de febrero de 2018, condenado como autor de un delito de maltrato habitual del artículo 173.2 del Código Penal. Por el contrario, los hijos sostuvieron que la separación de los progenitores tuvo lugar antes de la emisión de la sentencia. En concreto, señalaron que se produjo desde el año 2013, por lo que debía aplicarse sin problema alguno el artículo 834 CC, no debiéndose reconocer a la madre como legitimaria a la cuota legal con respecto al tercio de mejora.

El JPPI número 3 de Ronda acogió la argumentación de la madre y antes de dictar sentencia en el procedimiento hereditario decidió promover cuestión de inconstitucionalidad del artículo 834

¹⁶ Véase al respecto, JIMENA QUESADA, «La consagración del control de convencionalidad por la Jurisdicción Constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales. Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019, p. 441.

CC «por ser contrario al principio de igualdad perjudicando a las víctimas de violencia de género que para salvaguardar su integridad física hayan sido protegidas mediante orden de protección, pudiendo suponer igualmente una vulneración de los tratados internacionales firmados por España en esta materia particularmente del Convenio de Estambul y sus protocolos» (antecedente 2).

El Juzgado pone de relieve que el artículo 834 CC aplicado en los casos en que exista una separación motivada por una orden de alejamiento «provoca una doble victimización de la mujer, que es perjudicada directamente por el delito y que se ve privada por la regulación civil del derecho al usufructo del tercio destinado a mejora» (antecedente 3).

Por todo ello, el JPII presumió que el artículo 834 CC era sospechoso de inconstitucionalidad «al no diferenciar entre motivos de la separación de hecho», lo que supone «una discriminación injustificada en perjuicio de las víctimas de violencia de género y produce una vulneración (...) directa a los arts. 12.3, 18 y 29 del convenio antes citado», en concreto, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (en adelante, “Convenio de Estambul”), el 11 de mayo de 2015¹⁷.

En definitiva, como puede apreciarse, la cuestión de inconstitucionalidad se fundamenta en la sospecha de que el artículo 834 CC contradice, principalmente, varios preceptos de carácter convencional. Es decir, se toma como canon de constitucionalidad de una norma interna, varios preceptos de un tratado internacional que consagra derechos a las mujeres víctimas de violencia de género y doméstica y que impone obligaciones a los Estados parte.

A los efectos de poder comprender mejor el alcance de la cuestión planteada y prestar atención a la decisión que toma el TC, consideramos oportuno concretar algunos aspectos relacionados con la violencia de género y el derecho a la legítima viudal.

2.2. Violencia de género y legítima viudal

2.2.1 Convenio de Estambul y derechos de las víctimas

Enfrentarse al problema de la violencia de género y analizar las soluciones que desde un punto de vista normativo se han adoptado para combatirla, exige prestar atención a dos perspectivas. Por un lado, obviamente, hay que tener presente la regulación normativa interna. Al respecto, la norma principal es la Ley Orgánica 1/2004, 28 diciembre, de medidas para la protección integral contra la violencia de género¹⁸ (en adelante, “LO 1/2004”). Como se indica en el apartado II de la exposición de motivos de esta ley «los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a los derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de

¹⁷ Boletín Oficial del Estado 6 junio 2014, núm. 137.

¹⁸ En ese contexto, es evidente que el proceso penal juega un elemento esencial a través del cual se impongan las correspondientes penas por haber realizado alguna de las conductas penalmente punibles y que pueden englobarse en el ámbito de la violencia de género. Obviamente, con esto no estamos sosteniendo que el proceso sea el único instrumento para la erradicación de la lacra. Existen otras muchas medidas o instrumentos que los poderes públicos tienen en sus manos para conseguir ese objetivo y de las que debe hacerse uso.

la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud»¹⁹.

No obstante, si bien la LO 1/2004 es la regulación básica interna en la materia, no hay que desdeñar la perspectiva convencional o internacional. Y al respecto, dado el contenido del ATC 301/2023, prestamos atención al Convenio de Estambul.

El artículo 13 de este Convenio regula los aspectos relacionados con la sensibilización en materia de igualdad y lucha contra cualquier forma de violencia hacia las mujeres. En concreto, el apartado 1 dispone que «las Partes promoverán o dirigirán, regularmente y a todos los niveles, campañas o programas de sensibilización, incluso en cooperación con las instituciones nacionales de derechos humanos y las entidades competentes en materia de igualdad, la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales, en particular las organizaciones de mujeres, en su caso, para incrementar la concienciación y la comprensión por el público en general de las distintas manifestaciones de todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio y sus consecuencias en los menores, y de la necesidad de prevenirlos».

El apartado 2 añade que «las Partes garantizarán la amplia difusión entre el público en general de información sobre las medidas disponibles para prevenir los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio».

El Convenio de Estambul contempla la necesidad de que se preste especial atención por los Estados parte a aspectos relacionados con la violencia física (art. 35), sexual (art. 36), matrimonios forzados (art. 37), mutilación genital (art. 38), abortos o esterilizaciones forzadas (art. 39), etcétera.

Un papel clave, pero en el único, en la lucha contra la violencia de género lo tiene la Jurisdicción²⁰. En este contexto es donde el titular del JPPI de Málaga lleva a cabo un análisis de la convencionalidad del artículo 834 CC, procurando la protección de los derechos de la víctima de violencia de género que era parte en el proceso civil de naturaleza sucesoria que estaba tramitando. La norma interna de carácter civil, la confronta con los artículos 12.3, 18 y 29 del Convenio de Estambul.

Así, el JPPI concluyó que el artículo 834 CC era sospechoso de inconstitucionalidad por inconventionalidad, al no tener en cuenta las necesidades específicas de las mujeres vulnerables

¹⁹ En relación con esta Ley, y sin ánimo de exhaustividad, CASTILLEJO MANZANARES, «Cuestiones que suscita la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género». *Revista de Derecho y proceso penal*, núm. 14, 2005, pp. 13-24; FUENTES SORIANO, «La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género». La Ley núm. 5, 2005, pp. 1153-1170; GÓMEZ COLOMER, «La nueva ley española de medidas de protección integral contra la violencia de género», en *Derecho penal liberal y dignidad humana: libro homenaje al Doctor Hernando Londoño Jiménez* (VELÁSQUES VELÁSQUES, /AMBOS) autores varios (a partir de ahora AAVV). Editorial Temis. Colombia 2005, pp. 273-302; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Violencia de género y proceso*. Valencia. Tirant lo Blanch 2007.

²⁰ Hasta tal punto se confiaba ese papel a jueces y juezas, que el legislador, a pesar de las reformas realizadas tendientes a generalizar los medios adecuados de solución de controversias, mantiene la prohibición de estos medios en los supuestos de violencia contra la mujer. En general sobre esta cuestión, CASTILLEJO MANZANARES, «Mediación en violencia de género: una solución o un problema, en Mediación: un método de conflictos: estudio interdisciplinar» (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, dir.; SANZ HERMIDA/ORTIZ PRADILLO, coords.). Colex, 2010, pp. 193-204.

Debemos señalar que en este contexto, el artículo 89 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, al regular la competencia de las Secciones de Violencia sobre la Mujer de los Tribunales de Instancia, dispone de manera tajante en su apartado 9 que «en todos estos casos está vedada la utilización de los medios adecuados de solución de controversias».

por ser víctimas de violencia de género, y sin que estén presentes sus circunstancias particulares y sus derechos humanos (art. 12.3 Convenio Estambul).

De igual manera, consideró que se infringían las obligaciones de carácter general impuestas a los Estados en el artículo 18 Convenio Estambul, de carácter legislativo y de cualquier otra naturaleza para la mejor protección de las víctimas, las cuales tienen que implicar un enfoque integrado y evitar la revictimización.

De igual manera, sostuvo que el artículo 839 CC deja a las víctimas de violencia de género sin las acciones y recursos adecuados frente al victimario (art. 29 Convenio Estambul).

Por todo ello, suspendió el proceso civil y planteó duda de “constitucionalidad” del artículo 834 CC.

2.2.2. Ratio del art 834 CC

El artículo 834 CC dispone que «el cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora». En definitiva, el cónyuge supérstite pierde la legítima viudal tanto si es el determinante de la separación, como si la impuso el cónyuge premuerto o si fue de mutuo acuerdo.

Este artículo está ubicado en la sección séptima: “Derechos del cónyuge viudo”, capítulo II, título III, libro III CC. Se le dio la actual redacción con la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Como se indica en la exposición de motivos de esta ley, se decide mantener la figura de la separación, si bien, reforzando el principio de libertad de los cónyuges. En concreto, se afirma que «de conformidad con el artículo 32 de la Constitución, se mantiene la separación judicial como figura autónoma, para aquellos casos en los que los cónyuges, por las razones que les asistan, decidan no optar por la disolución de su matrimonio».

La separación se configuró con esta reforma como una opción «a las que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común. De este modo, se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos».

Por otro lado, añadimos que el artículo 834 CC que nos ocupa es concordante con otras disposiciones del CC. En concreto, el artículo 944 CC dispone que «en defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente», matizando, el artículo 945 CC, que “no tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado legalmente o de hecho».

Sin perjuicio de que vamos a profundizar en el análisis del ATC 301/2023 queremos destacar las palabras que se recogen en el fundamento jurídico (en adelante, “FJ”) 5 en donde se contextualiza los aspectos relacionados con la legítima viudal y su consideración como derecho vinculado a la convivencia conyugal. En concreto, queremos destacar las siguientes palabras:

«Estos preceptos expresan la decisión del legislador en el sentido de que la legítima del cónyuge sea un derecho vinculado a la pervivencia del vínculo matrimonial, lo

que no se da ante una ruptura de la convivencia conyugal en determinados supuestos de crisis matrimonial, como en el caso de separación judicial o de hecho, en los cuales la ausencia de “affectio maritalis” no justifica la existencia de una atribución sucesoria. El precepto elimina la legítima del cónyuge supérstite tanto si fue este el que impuso la separación, como si fue de mutuo acuerdo o fue impuesta por el cónyuge premuerto. Esta exclusión es también coherente con el hecho de que el reconocimiento de legítima vidual busca el objetivo de proporcionar al supérstite recursos con los que atender a su subsistencia y preservar el nivel de vida de que disfrutó en compañía del premuerto. Si no existe convivencia el derecho de legítima queda, en el esquema diseñado por el Código civil, sin justificación».

2.3. Inadmisión de la cuestión: los tratados internacionales no integran el bloque de constitucionalidad

A los efectos de tomar la decisión de admitir o no la cuestión de inconstitucionalidad que analizamos, el TC, al amparo de lo previsto en el art. 37.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, analiza si faltan las condiciones procesales necesarias, por un lado, o si es notoriamente infundada la cuestión por el otro.

Respecto de la primera cuestión concluye que no hay tacha que realizar (FJ 2º). Sin embargo, acaba inadmitiendo a trámite la cuestión por no haber dado cumplimiento al debido juicio de relevancia²¹.

Simplificando la argumentación del TC queremos destacar que acaba reprochando al JPPII que podría haber hecho otra interpretación del artículo 834 CC que evitara sus dudas de inconstitucionalidad. En concreto, destaca que dicha disposición, en el caso de la separación de hecho, se refiere a supuestos en los que la misma se produzca por decisión de ambos o uno solo de los cónyuges. Es decir, cuando concorra la voluntad de uno o ambos cónyuges de poner fin a la convivencia, siendo su “libre decisión”. Sin embargo, la separación de hecho motivada por una orden judicial de alejamiento en caso de violencia de género cae fuera del ámbito de adecuación de la disposición analizada, puesto que no concurre la libre decisión, sino que es impuesta judicialmente (FJ 5 in fine):

«Este es uno de esos casos en la medida en que era posible, sin forzar su sentido, hacer una interpretación del precepto que permitía excluir la duda de constitucionalidad que se plantea, atendiendo a la interpretación sistemática del precepto “en relación con el contexto” (art. 3.1 CC). En tal sentido es posible entender que, a diferencia del supuesto de la separación judicial en el que esta deriva de la decisión de un tercero, el juez, el concepto de separación de hecho como productora de efectos jurídicos no se refiere a toda cesación temporal de la convivencia conyugal por hechos ajenos a la voluntad de los esposos, sino que solamente será este el caso cuando esa cesación de la vida conyugal tiene lugar por

²¹ El juicio de aplicabilidad se entiende que concurre tal y como se indica en el FJ 3º in fine: «Cabe considerar cumplidas las anteriores exigencias respecto al juicio de aplicabilidad, si bien, dadas las circunstancias concurrentes en el proceso a quo, la duda de constitucionalidad debe quedar limitada al supuesto de exclusión del usufructo del tercio destinado a mejora en el caso de sucesión abintestato del cónyuge supérstite separado de hecho. Por tanto, únicamente a los términos “o de hecho” del art. 834 CC».

voluntad de estos o de alguno de ellos, sin que exista pronunciamiento judicial al respecto. De hecho, ese es uno de los argumentos que se sostienen en la demanda, en relación con un entendimiento del precepto que vincula la separación de hecho a la que alude el precepto con la idea de voluntariedad en la decisión de, al menos, uno de los cónyuges y la excluye en caso de que se trate de una decisión de un tercero».

De hecho, reprocha al Juzgado que no haya hecho “un esfuerzo argumental” para realizar esta interpretación que hubiera evitado la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad²²:

«Como se desprende de las circunstancias del proceso a quo es posible una interpretación alternativa a la que el órgano judicial formula como punto de partida de su duda de constitucionalidad. Interpretación centrada en la mencionada vinculación de la separación de hecho a la que alude el precepto cuestionado con la idea de voluntariedad, en el sentido de que esa separación dependa, en realidad, de la libre decisión de uno o ambos de los cónyuges. Por tanto, el órgano judicial debería haber realizado un esfuerzo argumental dirigido a probar por qué esa interpretación alternativa aplicada al caso concreto no era factible con el marco legal vigente y procedía en su lugar plantear la cuestión de inconstitucionalidad».

Como hemos indicado más arriba, el segundo argumento que utiliza el JPII para sospechar de la “inconstitucionalidad” del artículo 834 CC en relación con las víctimas de violencia de género, es su contradicción con los artículos 12.3, 18 y 29 del Convenio de Estambul. En definitiva, utiliza el cauce procesal de la cuestión de inconstitucionalidad para solicitar al TC un pronunciamiento acerca de la adecuación de una norma interna con normas convencionales. Es decir, entiende que la cuestión de inconstitucionalidad es el cauce procesal oportuno para que el TC lleve a cabo un control concentrado de convencionalidad, sin que la Jurisdicción ordinaria pueda realizarlo de manera difusa.

Pues bien, el TC subraya que efectivamente, las normas internas deben interpretarse de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros tratados internacionales (art. 10.2 CE). Sin embargo, subraya que los tratados internacionales no ocupan la misma posición que la CE ni sirven como parámetro para un eventual control de constitucionalidad. Al respecto, en el FJ afirma:

«En primer término, por lo que hace a la denunciada infracción del art. 10.2 CE en relación con el Convenio de Estambul, hay que recordar que el art. 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales a la Declaración universal de derechos humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, pero eso no significa que tales

²² A efectos informativos destacamos que el ATC 301/2023 presenta un voto particular concurrente formulado por la magistrada Dña. Inmaculada Montalbán Huertas en el que se indica que la discrepancia no se da en relación con la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad ya que «considero que es notoriamente infundada dado que, cuando el art. 834 del Código Civil se refiere a la separación de hecho de los cónyuges, se circunscribe a lo que por esa expresión se entiende en el ámbito del Derecho Civil, sin que sea extensible o extrapolable a aquellas “separaciones”, de muy distinta naturaleza, que se producen en los contextos de violencia de género que dan lugar a la investigación criminal y, en su caso a órdenes judiciales de protección de las víctimas, como es el caso». Por el contrario, la discrepancia se da en relación con la argumentación seguida mayoritariamente en relación con los juicios de aplicabilidad y relevancia.

tratados ocupen la misma posición que la Constitución y sean parámetro directo de la constitucionalidad de las normas internas».

Es decir, los tratados internacionales no integran el bloque de constitucionalidad, por lo que no incumbe al TC, vía cuestión de inconstitucionalidad, y añadimos, ni tampoco vía “recurso” de inconstitucionalidad, controlar la adecuación de las normas internas con las convencionales.

El TC recuerda su sentencia 140/2018, de 20 de diciembre, dictada en relación con la regulación sobre la extensión y límites de la Jurisdicción española en materia criminal -emitida previa interposición de un “recurso” de inconstitucionalidad- para sostener que un tratado internacional, no es «parámetro directo de constitucionalidad del precepto que se ha cuestionado por el órgano judicial».

En definitiva, una “cuestión de inconstitucionalidad”, de igual manera que un “recurso” de inconstitucionalidad, no son instrumentos procesales adecuados para procurar la obtención de un pronunciamiento del TC sobre la convencionalidad de las normas internas. El TC es claro en sostener que no le incumbe el control -concentrado- de convencionalidad de normas internas. Corresponde a la Jurisdicción ordinaria dicho enjuiciamiento -de manera difusa- y tras el mismo, elegir la norma a aplicar al caso concreto. Así, afirma:

«Por otra parte, desde otro punto de vista, no puede ser admitida la pretensión de que las disposiciones del Convenio de Estambul sean parámetro directo de constitucionalidad del precepto que se ha cuestionado por el órgano judicial. Conforme a la doctrina que recuerda la STC 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 6, esta tacha no puede ser apreciada, ya que el análisis de constitucionalidad no incluye un examen sobre la compatibilidad entre tratados internacionales y ley interna, en cuanto que “[e]l marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria».

En la elección de la norma aplicable no se realiza un juicio de “validez” como sí hace el TC. Es simplemente la resolución de un concurso normativo entre dos normas (interna y convencional) igualmente válidas. Nótese, que el TC excluye los tratados del canon de “validez” de las normas internas. El eventual choque o contradicción entre normas internas y convencionales por lo tanto, no se dirime ante el TC. Es la Jurisdicción ordinaria la que debe tomar la decisión acerca de qué norma aplica al caso concreto. Como indica el TC es “una mera regla de selección de derecho aplicable”.

En definitiva, tenemos resuelta la primera cuestión investigativa que hemos planteado al inicio de nuestro trabajo. La Jurisdicción ordinaria en su posición ante una norma interna inconvencional aplicable a un caso concreto no puede ni debe promover cuestión de inconstitucionalidad. Los procesos de enjuiciamiento de normas ante el TC no son los idóneos para resolver los conflictos entre normas internas y convencionales. Como hemos indicado, estos conflictos se producen entre normas igualmente válidas y es la Jurisdicción ordinaria la de que manera difusa debe realizar el control de convencionalidad y decidir qué norma aplica al caso concreto, sin que ninguna de ellas sea expulsada del ordenamiento jurídico.

Al dar respuesta a la primera cuestión investigativa, estamos sentando las bases para abordar y profundizar en la segunda. En concreto, si el TC no es competente para resolver las dudas de convencionalidad, esta función le incumbe a la Jurisdicción ordinaria con carácter difuso. En este caso, la duda investigativa a resolver es la de concretar con base a qué parámetros o criterios la

Jurisdicción ordinaria, de manera difusa y en el caso concreto, “opta” por aplicar una norma interna o convencional al caso concreto, procediendo a desplazar la que no es aplicada.

Para poder abordar de manera adecuada esta cuestión, nos vemos en la necesidad de contextualizar la interpretación constitucional acerca del sistema difuso de control de convencionalidad que se realiza en la STC 140/2018, para así, abordar el análisis de los criterios deben adoptar jueces y juezas de la Jurisdicción ordinaria para la selección del Derecho aplicable al caso. Como ya hemos indicado es un juicio de “aplicabilidad” que queda en manos cada juez o jueza en el proceso que esté conociendo.

3. Parámetros y principios para el control de convencionalidad en general, y en especial, en materia de derechos humanos

3.1. Introducción

En el apartado anterior hemos puesto de manifiesto que en el ATC 301/2023 se indica que la función de control de constitucionalidad del TC «no incluye un examen sobre la compatibilidad entre tratados internacionales y ley interna», añadiendo que el control de convencionalidad es «una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria»²³. Es decir, se deja en manos de la Jurisdicción ordinaria, de manera difusa, el control de convencionalidad de normas internas.

Precisamente, el análisis del ATC 301/2023 nos obliga a seguir avanzando en nuestra investigación a los efectos de identificar coordenadas que permitan encuadrar mejor el papel de los jueces y juezas ante la ley interna inconvencional. En especial, queremos prestar atención a la inconvencionalidad en materia de derechos humanos. Al respecto, recordamos que el ATC 301/2023 y la STC 140/2018 a que se remite, abordan el control de convencionalidad en relación con los derechos humanos, en violencia de género en el primer caso, y Jurisdicción penal universal, en el segundo.

Para un mejor seguimiento de este apartado, indicamos que lo vamos a articular en dos partes. En la primera, analizamos la jurisprudencia constitucional más relevante en relación con la consolidación de la construcción acerca del control difuso de convencionalidad en materia de derechos humanos.

Posteriormente, daremos un paso más a los efectos de ofrecer los principios o criterios para la resolución del concurso entre norma interna y convencional que sean contradictorias, y que, sin embargo, son igualmente válidas. Es decir, el control de convencionalidad en manos de la Jurisdicción ordinaria nunca implica una declaración de invalidez de una norma, sino una selección, para su aplicación en el caso concreto, entre normas igualmente válidas. En este caso, las situaciones que pueden darse son dos.

²³ A efectos complementarios, indicados que la magistrada da. Inmaculada Montalbán Huertas en el voto particular concurrente que emitió, en relación con la referencia al Convenio de Estambul afirma que no era necesario recurrir a él para inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad. En concreto, afirma: «mi discrepancia no lo es con la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad. Considero que es notoriamente infundada dado que, cuando el art. 834 del Código Civil se refiere a la separación de hecho de los cónyuges, se circunscribe a lo que por esa expresión se entiende en el ámbito del Derecho Civil, sin que sea extensible o extrapolable a aquellas “separaciones”, de muy distinta naturaleza, que se producen en los contextos de violencia de género que dan lugar a la investigación criminal y, en su caso a órdenes judiciales de protección de las víctimas, como es el caso. Hubiera bastado este razonamiento para inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad, sin insistir, por otra parte, en la improcedencia por parte del órgano judicial de aludir al Convenio de Estambul; ya que lo cierto es que, tras la válida celebración del convenio y su publicación oficial, forma parte del ordenamiento interno (art. 96.1 CE)».

La primera, que la norma interna que contradice la convencional sea más restrictiva en el ámbito de los derechos humanos. La segunda situación que puede darse y que no hay que descartar es la contraria. Es decir, que la contradicción entre la norma interna y la convencional sea porque la primera reconoce de manera más amplia o dota de mayor virtualidad al derecho humano.

En ambos casos, estamos ante normas válidas que concurren en un caso concreto. En la segunda parte de este apartado ofrecemos los criterios para la resolución de estos concursos normativos. En definitiva, es preciso tener presente para entender bien el alcance de nuestra investigación que el control de convencionalidad y los aportes que realizamos se hacen con el objetivo de reforzar el papel de cada juez y jueza como garante de los derechos humanos, permitiendo obviar las trabas normativas que impidan la efectividad de esos derechos, sin que en ningún caso se esté actuando al margen de la “ley” ni declarando o considerando inválida ninguna norma. De hecho, no puede desconocerse que pertenece al núcleo duro e irreductible de la labor jurisdiccional, la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas²⁴».

3.2. Parámetros en la jurisprudencia constitucional

3.2.1. Debate en torno al carácter abstracto o difuso (STC 270/2015, 17 diciembre (Pleno))

El ATC 301/2023 hace remisión expresa a la STC 140/2018 que abordamos en el siguiente subapartado. Esta sentencia supone la consolidación y fijación de la jurisprudencia constitucional en torno al control (difuso) de convencionalidad. No obstante, creemos que es interesante, con carácter previo, analizar la STC 270/2015, 17 diciembre (Pleno), y el voto particular concurrente que formula el magistrado D. J.A. Xiol Ríos, al que se adhieren la magistrada Dña. A. Asua Batarrita y el magistrado D. F. Valdés Dal-Ré²⁵. En el mismo se evidencia la necesidad de que el TC aborde de una vez y de manera clara, si el control de convencionalidad en abstracto le incumbe o si, por el contrario, debe ser siempre difuso. Es cierto que en el momento de emisión de la STC 270/2015 existe jurisprudencia precedente acerca de la posición de los tratados en el ordenamiento jurídico español y que van indicando cómo resolver los eventuales conflictos con normas internas. Sin embargo, el TC en el momento de emisión de esta sentencia aún no ha resuelto con rotundidad la cuestión, y encontramos voces discordantes en la sentencia acerca de la naturaleza que debe tener el control de convencionalidad, si abstracto o difuso.

La sentencia recae como consecuencia de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, contra el artículo 1 y diferentes disposiciones del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio²⁶. En lo que nos interesa destacar, uno de los argumentos expuestos en la demanda de inconstitucionalidad, es que el Real Decreto-ley vulnera el artículo 9.1 y 3 CE, en lo que referente al principio de jerarquía normativa y de sometimiento de los poderes públicos al CE y al resto del ordenamiento jurídico. En

²⁴ Por otro lado, también la CE permite sostener que la limitación de los derechos fundamentales incumbe necesariamente a la Jurisdicción. Así, la lectura de los artículos 17.2, 18.2, 18.3, 20.5, 22.3 y 4 CE, evidencian que en los casos en que se pretenda la limitación de este tipo de derechos, la decisión solamente puede tomarla la Jurisdicción. Al respecto, ORTELLS RAMOS, «Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional. Medidas restrictivas de derechos fundamentales». Cuadernos de Derecho Judicial 1996, pp. 13-66; ORTELLS RAMOS, et al, *Introducción al Derecho Procesal*, 12 edición, Aranzadi, España, 2024, pp. 131-132.

²⁵ TOL5.621.306, ponente Encarnación Roca Trías.

²⁶ Dicho Decreto adoptaba medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, introduciendo modificaciones del régimen retributivo de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

particular, se consideran infringidos los artículos 10 y 13 del Tratado sobre la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994.

No vamos a entrar en el análisis de fondo ya que no se plantea un problema acerca de la virtualidad de los derechos humanos. Lo importante es destacar que el demandante de inconstitucionalidad puso de manifiesto que, a su juicio, la regulación impugnada no se ajustaba a lo previsto en un tratado internacional.

En el FJ 6º, el TC abordó la cuestión, rechazando que la norma impugnada fuera inconstitucional. Los argumentos que se exponen en la sentencia, principalmente, son los siguientes:

1º. Los tratados internacionales no son parámetro o canon para valorar la posible inconstitucionalidad de las leyes. Al respecto, afirma que «procede advertir que este Tribunal ha declarado reiteradamente que los tratados internacionales no constituyen por sí mismos parámetro de contraste para valorar la posible inconstitucionalidad de las leyes».

2º. No corresponde al TC, por lo tanto, analizar la eventual contradicción entre un tratado y una norma interna. Es un problema de selección del Derecho aplicable, que entendemos que debe resolver la Jurisdicción ordinaria, en la medida en que se deja fuera de las competencias de la jurisdicción constitucional. Así, el TC afirma:

«(...) la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional (STC 49/1988, fundamento jurídico 14, in fine), sino que como puro problema de selección del derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan— (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5, y 207/2013, de 5 de diciembre, FJ 4). En suma,—no corresponde a este Tribunal determinar la compatibilidad o no de un precepto legal con un tratado internacional, ni éstos pueden erigirse en normas fundamentales y criterios de constitucionalidad— (STC 142/1993, de 22 de abril, FJ 3)».

3º. Al no integrar los tratados internacionales el bloque de constitucionalidad no puede sostenerse que una eventual contradicción en el ordenamiento interno con un tratado, vulnere el principio de jerarquía normativa:

«En ese sentido tampoco la incorporación de un tratado al ordenamiento jurídico interno, tras su ratificación y publicación oficial, determina -como pretenden los recurrentes-, la supuesta vulneración del principio de jerarquía normativa, puesto que la —garantía de la jerarquía normativa proscribía que una norma de rango inferior contravenga lo dispuesto en una de rango superior. Sin embargo, si el criterio de enjuiciamiento en un proceso de constitucionalidad viene proporcionado por la Constitución y, eventualmente, por las normas que integran el bloque de constitucionalidad, dado que, por definición, en todo recurso de inconstitucionalidad subyace un problema de jerarquía normativa, resulta que tal jerarquía no es un canon idóneo para esta labor. La apreciación de contradicción entre un texto legal y la Constitución no entraña una mera transgresión por norma de rango inferior de lo establecido en otra de rango superior, sino pura y simplemente, la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley— (SSTC 91/1998, de 23 de abril, FJ 2 y 198/2012, de 26 de noviembre, FJ 2.a)».

La aplicación de estos presupuestos lleva al TC a concluir que no se produce la infracción constitucional denunciada en el Real Decreto-ley²⁷.

Queremos destacar que el TC no utiliza la expresión “control de convencionalidad”, en los FFJJ de la sentencia. Sin embargo, en el voto concurrente que formula el magistrado D. J.A. Xiol Ríos, al que se adhieren la magistrada Dña. A. Asua Batarrita y el magistrado D. F. Valdés Dal-Ré, expresamente se utiliza dicha expresión. En su primera parte se desarrollan los aspectos relacionados con «el control abstracto de convencionalidad de normas con rango legal».

Del contenido de dicho voto, queremos destacar que los magistrados firmantes subrayan que es preciso que, en un futuro, el TC se pronuncie de manera más fundamentada en torno al control de convencionalidad, que ellos consideran que debería ser abstracto y no difuso. Así afirman:

«La respuesta aportada por la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno en la que se sustenta la sentencia es doble, argumentándose que (i) es jurisprudencia constitucional reiterada que los tratados internacionales no constituyen por sí mismos parámetro de contraste para valorar la posible inconstitucionalidad de las leyes, ya que no es una cuestión que afecte a la constitucionalidad de estas, sino un mero problema de selección del derecho aplicable al caso concreto cuya resolución corresponde a los órganos judiciales; y (ii) tampoco la eventual contradicción de una ley con un tratado internacional determina una supuesta vulneración del principio de jerarquía normativa que corresponda resolver a la jurisdicción constitucional, que queda limitada a los casos en que una norma con rango legal resulte contradictoria con la Constitución.

Esta respuesta, al margen de que pueda encontrar precedentes en la jurisprudencia constitucional, creo que (i) en su primer razonamiento, no responde al planteamiento de la recurrente y (ii) en su segundo razonamiento, debería ser sometida a una reconsideración más profunda por este Tribunal para evitar determinadas situaciones paradójicas que se plantean en el ordenamiento jurídico español con el llamado control abstracto de convencionalidad de las leyes y respecto del que este Tribunal, como máximo intérprete de la Constitución, deberá pronunciarse más fundadamente en algún momento.»

A su vez, sostienen que en dicha construcción jurisprudencial el TC debería replantearse el hecho de que la jurisdicción constitucional no realice dicho control, ya que los tratados internacionales tienen reconocimiento constitucional como fuente del ordenamiento jurídico. Así, afirman:

²⁷ Al respecto, el TC afirma que «si bien es cierto que la Carta de la Energía contempla la necesidad de dotar de seguridad y permanencia a las inversiones en energías renovables y la prohibición de adoptar medidas que afecten a dichas inversiones con efectos equivalentes a la expropiación, lo que el recurrente pretende plantear en realidad es una cuestión relacionada con el sistema de fuentes, en particular con el principio de jerarquía normativa. En modo alguno se argumenta sobre el fondo del asunto, esto es, de qué forma las normas que cuestiona contravendrían las reglas del Tratado y, sobre todo, cuáles serían las consecuencias de dicha contravención, a efectos de su enjuiciamiento en sede constitucional. Por eso no se ha levantado la carga alegatoria que pesa sobre quien pretende la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, pues el recurso carece en este punto de la mínima fundamentación que permita a este Tribunal inferir las razones por las que el recurrente considera que la norma legal impugnada infringe la Constitución. La demanda se limita a hacer referencia al contenido de los arts. 10 y 13 del Tratado sobre la Carta de la Energía, afirmando posteriormente que —el Estado español, con la aprobación del Real Decreto-ley 9/2013, ha incumplido sus obligaciones contraídas con inversores extranjeros...—, decisión que, a su entender, implica un incumplimiento del mencionado Tratado que comportaría como consecuencia la infracción de los principios de jerarquía normativa y de seguridad jurídica. Esa infracción aparece únicamente mencionada, ya que la afirmación del recurrente no viene acompañada de la necesaria argumentación específica que permita conocer las razones por las cuales entienden que las disposiciones cuestionadas vulneran el orden constitucional, sin que esta insuficiencia deba ser salvada por este Tribunal».

«En ese contexto, tomando en cuenta que los tratados internacionales tienen un reconocimiento constitucional como fuente del ordenamiento interno español (art. 96.1 CE), aun con un peculiar encaje; y son normas susceptibles de un control de constitucionalidad directo [art. 27.2.c) LOTC, la jurisprudencia constitucional debería, a mi juicio, replantearse los problemas derivados de la negativa a que sea la jurisdicción constitucional la que desarrolle el control abstracto de convencionalidad a través de una construcción semejante a la del control [mediato] de constitucionalidad por la vía de los artículos 9.1 o 96 CE.

La actual jurisprudencia parece que aboca a que solo se posibilite el desarrollo de ese control de convencionalidad de manera concreta por parte de los órganos judiciales cuando deba aplicarse la ley que se estime contraria a un tratado internacional a partir de considerarlo una mera cuestión de selección normativa, lo que, en su caso, podría ser impugnado en amparo por la vía del art. 24.1 CE en caso de arbitrariedad o irrazonabilidad. Ahora bien, no deja de resultar paradójico que en el contexto de una creciente propensión al control abstracto de normas con fundamento en razones de seguridad jurídica, el único control abstracto que quede ayuno de cualquier vía de planteamiento sea el control de convencionalidad de las normas con rango de ley que, si no puede ser ejercido por la jurisdicción ordinaria, tampoco este Tribunal está posibilitando que se ejerza a través del recurso de inconstitucionalidad o la cuestión de inconstitucionalidad por la vía de la invocación de los artículos 9.1 o 96 CE».

El voto concurrente reitera que es preciso que la jurisprudencia constitucional aborde de manera definitiva los problemas que suscita el control de convencionalidad de normas de rango legal. Así se afirma:

«Al margen de estas reflexiones y de mi convencimiento sobre la necesidad de que la jurisprudencia constitucional aborde de una manera definitiva los problemas derivados del control abstracto de convencionalidad de normas de rango legal, no creo que en el presente caso resultara relevante ni necesaria la invocación de los artículos 9.1 y 9.3 CE, en su conexión con los art. 10 y 13 de la Carta de la Energía, que se hace en la demanda. Más allá de otras consideraciones, el fondo de estas invocaciones plantea, en esencia, que la norma impugnada también infringe el principio de confianza legítima recogido en la mencionada Carta de la Energía, que, como tal principio, tiene un reconocimiento constitucional autónomo en el artículo 9.3 CE como una de las dimensiones del principio constitucional de seguridad jurídica. En ese sentido, no resultaría necesario un control mediato como el planteado en la demanda por la recurrente y basta una confrontación directa de la normativa impugnada con el Constitución española sin ningún tipo de intermediación».

El interés de este voto particular se pone de relieve porque evidencia la necesidad de que el TC profundice en la fijación de las coordenadas que permitan concretar cómo y quién ejerce el “control de convencionalidad”, argumentándose que debería admitirse un control en abstracto en manos del TC a pesar de que los tratados no integren el bloque de constitucionalidad.

3.2.2. Fijación del carácter difuso (STC 140/2018, 20 diciembre (Pleno))

La STC 140/2018 (Pleno), 20 diciembre²⁸, resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2014, 13 marzo, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, “LOPJ”), relativa a la jurisdicción universal²⁹. Consideramos que esta sentencia es clave en el marco de nuestra investigación, en la medida en que supone la madurez en torno al control de convencionalidad, consolidando la jurisprudencia precedente mayoritaria, fijando el sistema “difuso” de control.

Los ejercientes de la acción de inconstitucionalidad contra la reforma restrictiva de la Justicia universal en la LOPJ, entendieron que, por la vía del artículo 10.2 CE, en relación con el artículo 24 CE, podía sostenerse que el principio de jurisdicción universal tenía fundamento constitucional³⁰. Dicho con otras palabras, los demandantes entendieron que el artículo 24.1 CE incluye el eventual derecho de acceso a una Jurisdicción española con carácter universal. Por lo tanto, concluyen que el legislador debería haber establecido un sistema amplio de Justicia universal. De igual manera, argumentan que el principio de Jurisdicción universal se deriva de tratados internacionales de los que España es parte, por lo que concluyeron que la LOPJ no respetaba la regulación internacional en la materia.

Consideraban, además, que al existir estos condicionantes (constitucionales y convencionales) el legislador ordinario no tendría libertad a la hora de configurar la extensión y límites de la

²⁸ TOL6.978.681, ponente F. Valdés Dal-Re.

²⁹ Sobre esta reforma, BONET ESTEVA, «Principio de Justicia universal, de modelo absoluto a modelo restrictivo, a propósito de sucesivas modificaciones del art. 23.4 LO Poder Judicial». Pre-bie3, núm. 6, 2015; BUJOSA VADELL, «Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal». *Ars Iuris Salmanticensis: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis del derecho*, vol. 2, núm. 2, 2014, pp. 223-232; PÉREZ CEPEDA, «Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, ley de punto final del principio de justicia universal en España». *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto* (MAQUEDA ABREU/MARTÍN LORENZO/VENTURA PÜSCHEL/DE TOLEDO, coords.), 2016, pp. 247-267; ÍDEM, «El principio de justicia universal tras la reforma LO 1/2014». *Una década de reformas penales: análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)* BUSTOS RUBIO/ABADÍAS SELMA/DEL MORAL GARCÍA, dirs., 2020, pp. 101-121.

³⁰ Sobre estas cuestiones, consideramos interesante recoger el argumento de los demandantes de inconstitucionalidad, incluido en los antecedentes de la STC, apartado 2, letra B), f): «La Ley Orgánica 1/2014 vulnera el art. 10.2 CE, en relación con el art. 24 CE, al desnaturalizar el principio de jurisdicción universal en los términos configurados por el derecho internacional y por la doctrina constitucional (con cita de las SSTC 21/1997, 87/2000 y 237/2005. La demanda desarrolla esta idea invocando la Resolución de la Asamblea General de la ONU 60/147, de 16 de diciembre de 2005, que establece que los Estados “incorporarán, o aplicarán de otro modo, dentro de su derecho interno las disposiciones apropiadas relativas a la jurisdicción universal”, así como alguna sentencia del Tribunal Internacional de Justicia (Aplicación del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, excepciones preliminares, Bosnia Herzegovina c. Yugoslavia, I.C.J. Reports 1996). Los recurrentes sitúan el fundamento de la jurisdicción universal en normas de derecho internacional que adquieren relevancia constitucional cuando se incluyen en convenios internacionales sobre derechos humanos, por lo que la demanda conecta las obligaciones derivadas del art. 10.2 CE con el respeto al principio de jurisdicción universal. De este modo, la obligación de que los tribunales españoles persigan los delitos que prevé el Derecho Internacional humanitario, de entre los que la demanda cita particularmente el delito de genocidio, independientemente de quién sea el autor o la víctima y el lugar en que se cometen, es norma de ius cogens para España por aplicación del artículo 10.2 CE. La regulación contenida en la LO 1/2014 restrictiva de tal obligación vulnera dicho precepto y el art. 24.1 CE.»

Para concluir la argumentación relativa a este punto, la demanda se centra en la persecución del delito de genocidio [art. 24.3.a) LOPJ], afirmando que la interpretación de los arts. V y VI de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948), de la que España es parte desde 1969, realizada por la STC 237/2005, niega el sometimiento de la competencia para enjuiciar estos crímenes internacionales a la concurrencia de intereses nacionales, ya que ello no resultaría conciliable con el fundamento de la jurisdicción universal como expresión de la voluntad de la comunidad internacional de evitar la impunidad en este tipo de crímenes. En este mismo sentido se cita también la STEDH J. C. Alemania, de 12 de julio de 2007, y las del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia en los casos P. v. K. (20 de enero de 2001) y P. v. Z.D. y otros (20 de febrero de 2001).

Jurisdicción penal en materia de delitos contra la comunidad internacional y otros delitos cometidos en el extranjero. Dicho con otras palabras, sostuvieron que optar por un sistema menos amplio de Justicia universal, así como para fijar los puntos de conexión, queda fuera de la órbita de la política legislativa. Según los demandantes, la CE y las exigencias internacionales obligan a que exista un sistema amplio de Justicia universal³¹.

El TC concluyó que la regulación normativa analizada era constitucional, y en relación con la inconveniencia sostenida por los demandantes, fija las coordenadas para la construcción jurisprudencial del control “difuso” de convencionalidad³². Al respecto, el TC afirma que la CE no contiene una previsión explícita acerca de que los jueces ordinarios, o el mismo TC, deban llevar a cabo un control de convencionalidad. Así, afirma:

«Nuestro texto constitucional no contiene previsión expresa alguna relativa a la exigencia de que los jueces ordinarios formulen dicho control de convencionalidad; y tampoco existe esta previsión en relación con el Tribunal Constitucional. Esta ausencia hace preciso verificar si, a pesar de esa constatación inicial, tal control tiene vinculación con algún precepto constitucional y expresa en su caso, cual es el órgano jurisdiccional competente para formularlo y cuál debe ser su alcance».

No obstante, recurriendo al artículo 96 CE, el TC concluye que cuando se produce un choque entre las normas internas y las convencionales, no se trata de determinar qué norma es inválida, es un problema de decidir la norma aplicable, sin que la que se desplaza sea declarada inválida, sino inaplicable. Mientras que el control de validez es concentrado y en manos del TC, el control de aplicabilidad es difuso y está en manos de la Jurisdicción ordinaria. Por su gran interés, reproducimos las siguientes palabras:

«El art. 96 CE establece que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. Este precepto no atribuye superioridad jerárquica a los tratados sobre las leyes internas, aunque establece, de un lado, una regla de desplazamiento por parte del tratado de la norma interna anterior, sin que ello suponga su derogación, y, de otro, define la resistencia del tratado a ser derogado por las disposiciones internas posteriores en el tiempo, sin que esto último suponga la exclusión de la norma interna del ordenamiento nacional, sino su mera inaplicación. Dicho en otros términos, la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario. En este sentido hay que entender los pronunciamientos en los que este

³¹ De manera resumida, volvemos a encontrar referencias a la posición de los demandantes, en el párrafo 1 del FJ 5 de la STC. En concreto, se afirma: «la demanda imputa a la totalidad de la ley la vulneración del art. 10.2 CE en relación con el art. 24.1 CE, haciendo especial mención de la contradicción entre el art. 23.4.a) LOPJ y los pasajes constitucionales citados. Los recurrentes alegan que la nueva regulación del principio de jurisdicción universal hace irreconocible dicho principio tal y como ha sido definido por el derecho internacional, de modo que tal regulación contraviene el mandato del art. 10.2 CE de ajustar los derechos fundamentales contenidos en el texto constitucional a los dictados del derecho internacional de los derechos humanos».

³² En doctrina puede verse, ALONSO GARCÍA, «El control de convencionalidad: cinco interrogantes». *Revista española de derecho constitucional*, año 40, núm. 119, 2020, pp. 13-51.

Tribunal ha venido sosteniendo que los tratados internacionales «no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal» (en este sentido SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 254/1993, de 20 de julio, FJ 5; 12/2008, de 29 de enero, FJ 2)».

En definitiva, el TC llega a la conclusión de que el control de convencionalidad en el sistema español es una “regla de selección de derecho aplicable que corresponde realizar, en caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria”. Por esta razón, un juez ordinario puede desplazar la norma interna y aplicar la convencional, cuando haya un conflicto entre las mismas. Por su enorme interés, reproducimos las siguientes palabras:

«El marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Como viene estableciendo de forma incontrovertida la jurisprudencia previa, la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el art. 117.3 CE (por todas SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14 y 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3; 102/2002, FJ 7). En síntesis, la facultad propia de la jurisdicción para determinar la norma aplicable al supuesto controvertido se proyecta también a la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales (STC 102/2002, FJ 7), así como al análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional. Ello supone que, en aplicación de la prescripción contenida en el art. 96 CE, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto. La admisión de la posibilidad de que una norma con rango legal sea inaplicada por órganos de la jurisdicción ordinaria ha sido admitida por este Tribunal en aplicación del principio de prevalencia (SSTC 102/2016, de 25 de mayo, 116/2016, de 20 de junio, y 127/2016, de 7 de julio), en lo que hace al control de constitucionalidad de normas preconstitucionales (STC 11/1981, de 8 de abril), y a la hora de determinar las relaciones entre las fuentes internas de rango legal y las normas de derecho comunitario derivado (por todas SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5, 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4, 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3; 145/2012, de 2 de julio, FJ 2, y 118/2016, de 23 de junio, FJ 3). Incluso, en un obiter dicta contenido en el FJ 3 de la STC 118/2016, de 23 de junio, se dijo expresamente que “es a los órganos judiciales ordinarios a quienes corresponde el control, entonces, tanto de la eventual contradicción entre una norma foral fiscal y una disposición de un tratado o convenio internacional firmado y ratificado por España (SSTC 270/2015, de 17 de diciembre, FJ 5; y 29/2016, de 18 de febrero, FJ 5), como de la adecuación de las normas forales fiscales a las normas de armonización fiscal de la Unión Europea [SSTC 64/2013, de 14 de marzo, FJ 4, y 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5 b)]».

Por ello, tratándose de una cuestión de legalidad y no de constitucionalidad, considera que queda fuera de las competencias del TC, el cual, solamente por vía de amparo, podría llegar a revisar la decisión de los jueces ordinarios de desplazar o no una norma interna para aplicar una convencional:

«En suma, el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del art. 24.1 CE, que garantiza “que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6, y 308/2006, de 23 de octubre, FJ 5)” (STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 4)».

3.2.3. Alcance de la intervención del TC *ex post* vía “recurso” de amparo

Un ámbito en el que se han planteado de manera muy intensa los aspectos relacionados con el control de convencionalidad es en relación con la persecución de los delitos contra la comunidad internacional. Como ya hemos indicado, la STC 140/2018 a que nos hemos referido recayó como consecuencia de la demanda de inconstitucionalidad formulada contra la redacción de la LOPJ dada por LO 1/2014. Pues bien, con posterioridad a esta sentencia ha habido otras en las que el TC ha analizado el control de convencionalidad realizado por los jueces ordinarios. Es decir, si bien el control es difuso, vía “recurso” de amparo el TC puede revisar si la selección de la norma aplicable al caso concreto ha vulnerado algún derecho fundamental.

a. STC 10/2019, 28 enero (Sala 2ª)

La STC 10/2019, de 28 de enero³³, recae como consecuencia de una demanda de amparo presentada por el sobreseimiento y archivo, de una causa seguida por presuntos delitos de genocidio y tortura cometidos en China por la persecución de personas pertenecientes o simpatizantes del grupo Falun Gong. El archivo tuvo lugar como consecuencia de la aplicación de lo previsto en la disposición transitoria única de la LO 1/2014, que dispone que «las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella».

Son varias las cuestiones que suscitan en la demanda en torno al sistema de Justicia penal universal introducido como consecuencia de la reforma operada por la LO 1/2014. Sin embargo, queremos prestar atención a la alegación de los demandantes de amparo sosteniendo que la LOPJ es contradictoria con los tratados internacionales, entre otros, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Nótese que la duda de constitucionalidad ya se resolvió en la STC 140/2018 que hemos analizado, y que la Jurisdicción ordinaria procedió a aplicar una norma interna que implicaba que debieran archivarse las causas por delitos contra la comunidad internacional cometidos en el extranjero cuando faltaran los puntos de conexión con la Jurisdicción española. En la medida en que la LPOJ no contempla el principio de

³³ TOL7.059.613, ponente Antonio Narváez Rodríguez.

personalidad pasiva en este tipo de delitos como punto de conexión, se procedió al archivo de la causa que nos hemos referido más arriba.

El análisis de esta cuestión es abordada por el TC en el FJ 4º, del cual, queremos destacar los siguientes argumentos.

1º. El TC reitera que el control de convencionalidad tiene una dimensión infra-constitucional, sin que le incumba realizarlo. De hecho, se remite expresamente a la STC 140/2018, reproduciendo parte de esta. Así, sostiene:

«Tampoco la eventual contradicción entre la regulación interna (art. 23.4 LOPJ) y los convenios y tratados internacionales relativos a la jurisdicción universal determina, por sí misma, violación alguna del artículo 24.1 CE, pues estamos ante un puro juicio de aplicabilidad (control de convencionalidad) que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria y que tiene, por tanto, con carácter general, una dimensión infra-constitucional. En la ya citada STC 140/2018 se recoge con detalle este razonamiento y a él hemos de remitirnos en su integridad, si bien recogiendo ahora la conclusión a la que se llegó:

"En suma, el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, que garantiza 'que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6, y 308/2006, de 23 de octubre, FJ 5, STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 4)".

La conclusión inmediata es que el recurso también debe ser desestimado en este punto, por cuanto cualquier análisis de compatibilidad entre los tratados y la Ley Orgánica 1/2014 se dirimirá en términos de legalidad ordinaria y selección del derecho aplicable en un primer término, y no en clave de contradicción con el artículo 96 CE de la norma interna eventualmente contraria a un tratado. (FJ 6)».

2º. Por otro lado, aunque sostiene que la cuestión es de aplicación de legalidad ordinaria (ley interna versus tratado internacional), acoge el argumento del Ministerio Fiscal en el que se sostiene que no puede entenderse que exista una contradicción entre el artículo 23.4 a) y b) LOPJ, con la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En concreto, afirma:

«Así pues, en la aplicación del artículo 23.4 LOPJ realizada por las resoluciones impugnadas, tampoco puede observarse vulneración alguna del artículo 24.1 CE,

ya que la eventual discordancia con normas convencionales entraña un juicio interpretativo que no rebasa los límites de la legalidad ordinaria, sobre el que, de otro lado, el recurso de amparo no realiza consideración particular alguna, más allá de una denuncia genérica. Cumple señalar, en cualquier caso, que, como ha puesto de relieve el Ministerio Fiscal, ni del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, aprobado por la asamblea general de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948, ni de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984, se desprende contradicción alguna con lo previsto en el artículo 23.4 a) y b) LOPJ, pues los puntos de conexión expresamente previstos en estas normas internacionales han sido respetados por la legislación interna, análisis que, hemos de insistir, corresponde realizar, en cualquier caso, a los órganos del Poder Judicial, en cuanto que son ellos los llamados a resolver los conflictos de aplicación de la legalidad ordinaria».

b. STC 80/2019, 17 junio (Pleno)

La STC 80/2019, 17 junio (Pleno³⁴), realiza un análisis acerca del control de convencionalidad efectuado por la Jurisdicción ordinaria en relación con el archivo de una causa seguida por presuntos delitos de guerra cometidos fuera del territorio nacional.

Los demandantes de amparo, entre otros argumentos, consideran que dicho archivo tuvo lugar como consecuencia de la regulación contenida en la LOPJ tras la reforma operada por la LO 1/2014, siendo contradicha por el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y su protocolo adicional de 8 de junio de 1977.

En el FJ 2º, el TC identifica los cánones a tener presentes para un eventual control de convencionalidad por parte de la Jurisdicción ordinaria. Así, afirma:

«Lo que en este punto cuestionan los recursos de amparo es la respuesta dada por los órganos del Poder Judicial al conflicto que a su juicio se produce entre el derecho interno, que regula la jurisdicción extraterritorial de los tribunales españoles, tras su modificación por la Ley Orgánica 1/2014, y los convenios y tratados internacionales sobre persecución de crímenes contra la comunidad internacional, en este particular caso, la IV Convención de Ginebra de 1949 y su Protocolo adicional I. Se plantea de este modo el reproche de que los órganos judiciales no han verificado como es debido el "control de convencionalidad" de la ley interna.

Ya se ha dicho en la STC 140/2018, FJ 6, y reiterado en la STC 10/2019, de 28 de enero, FJ 4, que el control por los órganos del Poder Judicial de la adecuación del derecho interno a las exigencias de los convenios internacionales constituye una cuestión de selección de la norma aplicable, perteneciente al ámbito de la legalidad ordinaria y de dimensión infraconstitucional, por lo que a este tribunal solo le compete en la vía del amparo constitucional revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE: "[e]n suma, el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que

³⁴ Base datos Aranzadi Westlaw RTC\2019\80, ponente Juan José González Rivas.

queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, que garantiza 'que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 25), FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6, y 308/2006, de 23 de octubre, FJ 5), (STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 4)".

Este será, en consecuencia, el canon aplicable al enjuiciamiento constitucional de la decisión adoptada por los órganos judiciales de atenerse a la regulación de la jurisdicción universal emanada de la Ley Orgánica 1/2014 como fundamento del cuestionado sobreseimiento de la causa».

En el FJ 3º, entra a verificar cómo la Jurisdicción ordinaria procedió a confrontar la regulación interna y la convencional, concluyendo que no existía contradicción entre las mismas. Así afirma:

«Sobre la interpretación de la normativa convencional. Incorporada la IV Convención de Ginebra de 1949 al ordenamiento interno conforme a lo exigido en el art. 96.1 CE, su interacción con la normativa orgánico-judicial definitoria de la extensión de la jurisdicción española en su versión emanada de la Ley Orgánica 1/2014 debe ser dirimida según el canon del control de convencionalidad reseñado en el fundamento anterior, en virtud del cual en la vía del amparo constitucional solamente procede revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, que garantiza que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas concurrentes; así lo hemos reiterado en el fundamento jurídico 6 de la STC 140/2018 anteriormente transcrito.

La sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo núm. 797/2016, de 25 de octubre, con cita extensa de su sentencia núm. 296/2015, de 6 de mayo, argumenta que la jurisdicción universal supone que, conforme a determinados tratados internacionales, los tribunales de un Estado deben ejercer jurisdicción extraterritorial sobre ciertos delitos en función de su naturaleza para evitar que los responsables puedan encontrar un lugar de refugio donde alcanzar la impunidad, de lo que no se sigue, necesariamente, que los Estados estén obligados necesariamente a extender dicha jurisdicción a personas que no se encuentren en su territorio, o en el ámbito de su soberanía, para iniciar una investigación in absentia, aunque puedan extender facultativamente su jurisdicción a estos supuestos, si así lo establecen en su legislación interna (...).

Esta argumentación, que sirve a la Sala Penal del Tribunal Supremo para alcanzar la conclusión de que el art. 23.4 a) LOPJ no es incompatible con las previsiones en materia de jurisdicción penal de la IV Convención de Ginebra, no resulta contraria al parámetro que hemos fijado en relación con el art. 24. 1 CE, como a continuación se explica. A juicio del citado Tribunal, el art. 146, segundo párrafo, de la IV

Convención de Ginebra no determina, en su literalidad, que el deber de perseguir a los autores de infracciones graves sea absoluto ni que resista la vigencia de cualquier presupuesto procesal que el derecho interno de los Estados haya razonablemente establecido en orden a fijar su propia jurisdicción, ni cabe extraer tan rígida conclusión de las previsiones comunes sobre legislación penal contenidas en las cuatro Convenciones de Ginebra, cuyo fundamento y finalidad originaria no fue otra que suministrar a los Estados una base jurídica suficiente para justificar en el ámbito del derecho internacional público la proyección extraterritorial de su jurisdicción para juzgar criminales de guerra de cualquier nacionalidad, con independencia de que se hubiera solicitado o no su extradición por un tercer Estado, para evitar de este modo que su ámbito de soberanía se convirtiera en un espacio de impunidad. Estas nociones, asentadas en décadas de vigencia de las Convenciones de Ginebra de 1949, en las que los Estados signatarios han ejercido su libertad de configuración de los presupuestos del proceso, no quedan refutadas en los últimos comentarios elaborados en el seno del propio comité internacional de la Cruz Roja —organismo este al que, si bien no le corresponde fijar la interpretación auténtica de los preceptos convencionales, sí ostenta reconocida auctoritas respecto de esa temática—, en los cuales la exigencia de la presencia temporal o permanente del culpable en el territorio del Estado que los incrimina y juzga, sin ser parte de la literalidad de la norma, se considera legítima si obedece al propósito de garantizar la efectividad del proceso y no a móviles políticos o a deslealtad al espíritu del convenio [vid. comentarios al art. 49 del I Convenio de Ginebra, en sus apartados 2866 (...)].

Por estos motivos, concluye que la Jurisdicción ordinaria no llevó a cabo una interpretación irrazonable, arbitraria o incurso en error patente, que es lo que el TC podría controlar vía amparo cuando se haya realizado un eventual control de convencionalidad:

«En atención a lo expuesto, debemos descartar que el Tribunal Supremo haya llevado a cabo una interpretación de la legalidad interna e internacional susceptible de ser considerada irrazonable, arbitraria o incurso en error patente, sin que tampoco sea fruto de un injustificado decisionismo judicial, al argumentar que ni el art. 23.4 a) LOPJ ni la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, al exigir que los responsables de crímenes de guerra no españoles residan o se encuentren en España, entran en conflicto con los mandatos de la IV Convención de Ginebra de 1949 y su protocolo adicional I».

3.3. Concurso de ley interna y convencional: principios de prevalencia de los tratados y *pro persona*

Hemos analizado que la Jurisdicción ordinaria no puede llevar a cabo un control de la actuación del poder legislativo³⁵. Pero, aun así, la Jurisdicción ordinaria colabora con la Jurisdicción constitucional promoviendo las cuestiones de inconstitucionalidad. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional que hemos estudiado excluye formalmente del canon de constitucionalidad a los tratados internacionales³⁶, fijando que el control de convencionalidad

³⁵ En este sentido, MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Introducción al Derecho Procesal*, 11ª ed, Tirant lo Blanch, España, 2021, p. 49, afirman que «(...) es evidente que el control de actuación del legislativo respecto del mandato constitucional escapa en nuestro país del Poder Judicial y se residencia exclusivamente en el Tribunal Constitucional».

³⁶ Así lo subraya JIMENA QUESADA, op. cit., p. 448, poniendo de manifiesto que el TC español acaba adoptando una interpretación parecida a la del Consejo Constitucional francés.

está en manos de la Jurisdicción ordinaria, con carácter difuso³⁷. Esta actuación no convierte en legisladora a la Jurisdicción ordinaria, sino en garante de las obligaciones internacionales derivadas del Derecho internacional, también en el ámbito de los derechos humanos³⁸. Este control puede implicar la inaplicación de una norma en el caso concreto. No es un juicio de validez, sino de legalidad, optando entre dos normas igualmente válidas y concurrentes en una misma situación.

En relación con Las normas convencionales, el artículo 96.1 CE dispone que «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formará parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios –tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional³⁹». Pues bien, el aspecto que nos resta concretar en nuestra investigación es sistematizar las situaciones que se pueden producir cuando en el enjuiciamiento de un caso concreto concurren una norma interna y otra intencional.

La primera situación que puede darse es que la norma interna y la convencional no presenten diferencias, sino que sea concordantes o que las diferencias existentes sean en el sentido de que la norma interna sea más restrictiva que la convencional. En ambos casos, creemos que la decisión del juez o jueza en el caso concreto debe ser la de aplicar la norma convencional, dado el principio de prevalencia de los tratados. En la línea jurisprudencial que hemos descrito, la Jurisdicción ordinaria debe optar por la aplicación de una u otra norma en esta situación de concurso normativo. Para su resolución consideramos clave el artículo 31 de la Ley 25/2014⁴⁰, 27 noviembre, de Tratados y otros Acuerdos internacionales (en adelante, “Ley 25/2014”) dispone que “las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional⁴¹”.

³⁷ En doctrina, JIMENA QUESADA, p. 441 en la que afirma que «el carácter supra legal o prevalente supone discernir entre aplicación y validez, puesta que la potestad de jurisdiccional nacional ordinaria se concreta en una inaplicación inter partes de la norma nacional contraria al canon internacional, sin que esa potestad jurisdiccional comporte una consecuencia anulatoria erga omnes a través de una declaración de invalidez del cano nacional controvertido (lo cual configura una prerrogativa concentrada en manos de la jurisdicción constitucional)”.

³⁸ La doctrina señala que la nota básica del estatuto de jueces y magistrados es la independencia, entendida como sumisión exclusiva a la ley. Al respecto, ORTELLS RAMOS, et. al, *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., pp. 56-57. Pues bien, en esa sumisión a la ley, debe entenderse también que quedan sometidos a lo dispuesto en los tratados internacionales que integran el ordenamiento jurídico. Reiteramos la interpretación que hace el TC en el sentido de que cuando un juez aplica control de convencionalidad, no está actuando fuera de la ley, sino que está seleccionando la “norma” aplicable al caso concreto.

³⁹ En doctrina puede verse, FERNÁNDEZ TOMÁS, «La valida celebración y la incorporación de los tratados en la jurisprudencia constitucional española». Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco (PÉREZ GONZÁLEZ, coord.), 1993, pp. 341-360; SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz Andrés, “Artículo 96”. Comentarios a la Constitución española (PÉREZ MANZANO, /BORRAJO INIESTA, (coords.); RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, /CASAS BAAMONDE, dirs.), vol. 2, tomo II, 2018, pp. 355-373.

⁴⁰ Sobre esta ley, AZNAR GÓMEZ, «Comentarios a la Ley de Tratados y otros acuerdos internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)» *Revista española de derecho internacional*, vol. 69, núm. 1, 2017, pp. 303-305; GALLEGU HERNÁNDEZ, «La ley española de tratados de 2014». *Anuario español de derecho internacional*, núm. 31, 2015, pp. 193-240; MORENO BLESÁ, «Comentario a la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales». *Actualidad civil*, núm. 2, 2015.

⁴¹ DÍAZ GONZÁLEZ, Gustavo Manuel, «La prevalencia del tratado internacional: de una previsión constitucional imprecisa a una disposición legislativa incompleta», *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018)*, PUNSET BLANCO, Ramón/ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo/ROCA MARTÍNEZ, José María, (pr.), 2018, pp. 411-424; DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier, “Artículo 31”. Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre), SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz Andrés; DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier; MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, José, 2015, pp. 575-589.

El principio de prevalencia consagrado legalmente implica que la Jurisdicción ordinaria deba desplazar la norma interna en favor de la internacional. Subrayamos de nuevo que no se trata de declarar inválida la norma interna, sino de resolver el concurso normativo aplicando la norma que de acuerdo con el principio indicado debe prevalecer. Es una cuestión de legalidad y no de invalidez.

Ahora bien, hay una segunda situación que puede darse y que por coherencia argumentativa y doctrinal tenemos que abordar. En concreto, nos referimos a que la contradicción entre normas interna e internacional concurrentes en un caso concreto sea en el sentido de que la internacional sea más restrictiva o limitante que la interna. Es decir, la norma interna es más favorable que la internacional. Ambas concurren en esta situación de concurso y ambas son igualmente válidas.

Con carácter general, entendemos que la solución a adoptar en el caso concreto es la misma que en el supuesto anterior. Es decir, de acuerdo con el principio de prevalencia *ex* artículo 31 Ley 25/2014, la norma internacional debe desplazar a la interna.

Ahora bien. Hay un ámbito en que la aplicación del principio de prevalencia nos puede conducir a un resultado desalentador. Nos referimos al supuesto en las normas concurrentes sean las que regulan derechos humanos/fundamentales. No olvidemos que analizamos el supuesto de que la norma interna dota de mayor virtualidad a un derecho fundamental, frente a la regulación internacional en ese ámbito y que es más restrictiva. ¿Cómo debe resolver la Jurisdicción ordinaria este conflicto generado por un concurso normativo?

Una primera interpretación que proponemos es que, dado lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 25/2014, la prevalencia de los tratados debe implicar el desplazamiento de la norma interna, y la aplicación de la convencional aunque sea más restrictiva. En este caso, la persona cuyos derechos fundamentales se hubieran visto restringidos por aplicación de norma internacional, siempre tendría abierta la posibilidad de acudir en amparo ante el TC. Como hemos indicado, los concursos entre normas internas e internacionales son susceptibles de revisión vía “recurso” de amparo.

Una segunda interpretación que proponemos y que es con la que nos sentimos más cómodos es la siguiente. Efectivamente el artículo 31 de la Ley 25/2014 consagra una prevalencia de las normas convencionales sobre las internas “en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”.

La prevalencia no debe tenerse presente cuando el conflicto sea con normas de rango constitucional. En este contexto, consideramos que el artículo 10.1 CE consagra un “principio pro persona” que en caso de que entre en conflicto con el principio de prevalencia, debería hacer decaer a este último. Dicho con otras palabras, la “dignidad de la persona” y los “derechos inviolables que le son inherentes” permiten sostener que de dicho precepto se deriva un “principio pro persona” que debe servir para corregir las limitaciones en los derechos humanos que pueda implicar la aplicación del principio de prevalencia y el eventual desplazamiento de una norma interna más respetuosa con la dignidad de la persona.

De esta manera, la CE permite que un principio de rango constitucional corrija las limitaciones en los derechos de la dignidad de la persona que una aplicación estricta del principio de prevalencia pueda ocasionar.

Somos conscientes de que esta interpretación presenta más complejidad que la primera que hemos expuesto. Sin embargo, confirma que la Jurisdicción ordinaria es la que realiza el control de convencionalidad y lo hace *ab initio*, sin esperar a un eventual control *ex post* por parte del TC

reforzando el papel de aquella como garante de los derechos fundamentales (art. 10.1 CE en relación con el art. 53.1 CE).

Por otro lado, creemos que es oportuno para reforzar nuestra posición que tengamos presente que esta interpretación puede ser acogida si se refuerza el diálogo jurisprudencial en materia de derechos humanos, sobre todo, si prestamos atención al ámbito multinivel. Al respecto, el denominado principio *pro persona* como parámetro para la resolución de los conflictos normativos está consolidado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴² (en adelante, “CIDH”). Obviamente, no vamos a realizar un análisis a fondo de estos aportes jurisprudenciales que darían pie a un nuevo trabajo de investigación. No obstante, para reforzar nuestro posicionamiento, señalamos por su interés la sentencia de la CIDH de 23 de noviembre de 2009, “caso Radilla Pacheco versus Estados Unidos Mexicanos”⁴³, que provocó una reforma constitucional de gran calado fruto de la cual se consagra de manera explícita el principio *pro persona* en la Constitución política de México. En concreto, el artículo 1, párr. 2 dispone que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

4. Bibliografía

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto., «Notas relativas al concepto de Jurisdicción». *Estudios de teoría general*. México 1974.

ALONSO GARCÍA, Ricardo, «El control de convencionalidad: cinco interrogantes». *Revista española de derecho constitucional*, año 40, núm. 119, 2020.

ÁLVAREZ OLALLA, María del Pilar, *Violencia de género y responsabilidad civil*. Reus, España, 2020.

AZNAR GÓMEZ, Mariano J., «Comentarios a la Ley de Tratados y otros acuerdos internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)». *Revista española de derecho internacional*, vol. 69, núm. 1, 2017.

BELLO JANEIRO, Domingo, «Aspectos civiles de la violencia de género», *Familia y Derecho en la España del siglo XXI: libro homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gonsálbez* (MARÍN VELLADRE, Asunción/CABEZUELO ARENAS, Ana Laura/MORENO MOZO, Fernadno, dirs.), 2021, pp. 271-290.

⁴² CAMARILLO, Jesús Antonio, «La disputa en torno al principio pro homine en el constitucionalismo mexicano», *100 año de Constitución: estudios multidisciplinarios* (OROZCO TORRES, Luis Ernesto/VILLEGAS DELGADO, Carlos Albero/LÓPEZ ULLOA, Ed LIT.), 2019, págs. 158-173; COSSÍO DÍAZ, Juan Ramón, «Los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales y el principio pro homine», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 57, núm. 247, 2007, págs. 377-383; DELIAZZO, Carlos E., «Dignidad humana y principio <pro homine> en los litigios sobre derechos humanos», *Revista de derecho público*, núm. 54, 2018, pps. 35-46; MEDINA, Gastón Leandro, «El precepto pro homine y la globalización jurídica», *Revista anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, vol. 13, núm. 46, 2016, pps. 249-259; MELGAR RIMACHI, Adriana, *El principio <pro homine> como clave hermenéutica de la interpretación de conformidad. El diálogo entre la Corte IDH y los tribunales peruanos*. Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú, 2016; PINTO, Mónica., «El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos». *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 1997, págs. 163-172; TOLNAY, Iván., «La interpretación restrictiva de la ley penal en la Argentina de hoy. La relevancia de los principios de legalidad, pro homine y de ultima ratio del derecho penal». *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 10, 2014, pps. 9-22.

⁴³ En este caso, la CIDH se pronuncia sobre la violación de derechos humanos cometida por el Estado mexicano motivada por la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco a manos del ejército.

BONET ESTEVA, Margarita, «Principio de Justicia universal, de modelo absoluto a modelo restrictivo, a propósito de sucesivas modificaciones del art. 23.4 LO Poder Judicial». *Pre-bie3*, núm. 6, 2015.

BONET NAVARRO, Ángel, «Derecho y Derecho Jurisdiccional». *Escritos sobre la Jurisdicción y su actividad*. Zaragoza 1981.

BUJOSA VADELL, Lorenzo M., «Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal». *Ars Iuris Salmanticensis: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis del derecho*, vol. 2, núm. 2, 2014.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, «El último (y controvertible) credo en materia de política criminal. restaurativa y mediación penal». *La Ley Penal* núm. 86, 2011.

CAMARRILLO, Jesús Antonio, «La disputa en torno al principio pro homine en el constitucionalismo mexicano», *100 años de Constitución: estudios multidisciplinarios* (OROZCO TORRES, Luis Ernesto/VILLEGAS DELGADO, Carlos Albtero/LÓPEZ ULLOA, Ed LIT.), 2019, pp. 158-173.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, «Cuestiones que suscita la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género». *Revista de Derecho y proceso penal*, núm. 14, 2005.- *Mediación en violencia de género: una solución o un problema*, en *Mediación: un método de conflictos: estudio interdisciplinar* (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás., dir.; SANZ HERMIDA/Ágata, ORTIZ PRADILLO/Juan Carlos, coords.). Colex, 2010.

CASTILLO RIGABERT, Fernando, *La admisión del recurso de amparo*. Universidad de Murcia, 1991.

CORDÓN MORENO, Faustino, *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*. Pamplona 1979.

COSSÍO DÍAZ, Juan Ramón, «Los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales y el principio pro homine», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vo. 57, n.º 247, 2007, pps. 377-383.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ed. Ramón Areces 1991.
- *Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil*. Aranzadi 2006.

DE PADURA BALLESTEROS, María Teresa, *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada: su régimen en la LEC 1/2000*. Tirant lo Blanch 2002.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *La Justicia Restaurativa Penal*. La Ley penal, núm. 73, 2010.

DELIAZZO, Carlos E., «Dignidad humana y principio <pro homine> en los litigios sobre derechos humanos». *Revista de derecho público*, núm. 54, 2018, pps. 35-46.

DÍAZ GONZÁLEZ, Gustavo Manuel, «La prevalencia del tratado internacional: de una previsión constitucional imprecisa a una disposición legislativa incompleta». *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018)*, PUNSET BLANCO, Ramón; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo; ROCA MARTÍNEZ, José María (pr.), 2018, pp. 411-424.

DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier, «Artículo 31. Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)», SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz Andrés; DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier; MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, José, 2015, pps. 575-589.

FEBLES YANES, Eloísa, «La responsabilidad civil en los delitos de violencia de género y en la violencia doméstica». *La Ley* núm. 7786, 2012.

FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio, «La válida celebración y la incorporación de los tratados en la jurisprudencia constitucional española». *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco* (PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, coord.), 1993.

FUENTES SORIANO, Olga, «La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género», *La Ley* núm. 5, 2005.

GALLEGO HERNÁNDEZ, Ana Cristina, «La ley española de tratados de 2014». *Anuario español de derecho internacional*, núm. 31, 2015.

GARCÍA SEDANO, Tania, «El Convenio de Estambul. Desafíos en su aplicación por el Reino de España». *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 127, 2017.

GARRO CARRERA, Enara, «El Convenio de Estambul y su acogida en materia de violencia física, psicológica y de control en el Derecho Penal español», en *Las mujeres víctimas de violencia: análisis multidisciplinar del ordenamiento jurídico español y europeo a la luz del Convenio de Estambul* (OTAZUA ZABALA, Goizeder/ETXEBARRIA ESTANKONA, Katixa, coords.; ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, dir.), 2022.

GIL RUIZ, Juana María (ed. lit.), *El Convenio de Estambul como marco de derecho antidiscurso discriminatorio*. Dykinson, 2018.

GIMENO SENDRA, Vicente, (con DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel/CALAZA LÓPEZ, Sonia), *Introducción al Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch, España. 2020.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, «La nueva ley española de medidas de protección integral contra la violencia de género», en [*Derecho penal liberal y dignidad humana: libro homenaje al Doctor Hernando Londoño Jiménez*](#) (VELÁSQUES VELÁSQUES, Fernando; AMBOS, Kai.); AAVV. Editorial Temis. Colombia 2005.

- *Violencia de género y proceso*. Valencia. Tirant lo Blanch 2007.

HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, *Implicaciones jurídico civiles de la violencia de género*. Dykinson 2025.

JIMENA QUESADA, Luis, «La consagración del control de convencionalidad por la Jurisdicción Constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales. Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019.

LLORIA GARCÍA, Paz, «La prevención de la violencia de género en la Unión Europea» en *El Convenio de Estambul. La encrucijada de Europa: luces y sombras para un futuro común* (CERVERA VALLTERRA, María, coord.), 2015.

MARTÍN REBOLLO, Luis, «La Administración en la Constitución (Arts. 103 a 107)». *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992.

MARULLO, María Chiara, «La Jurisdicción universal española en la STC 140/2018, de 20 de diciembre». *Revista española de derecho internacional*, vol. 71, núm. 2, 2019.

MEDINA, Gastón Leandro, «El precepto pro homine y la globalización jurídica», *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, vol. 13, núm. 46, 2016.

MELGAR RIMACHI, Adriana, «El principio <pro homine> como clave hermenéutica de la interpretación de conformidad. El diálogo entre la Corte IDH y los tribunales peruanos», Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú, 2016.

MERCADO CARMONA, Carmen, «La erradicación de la violencia contra la mujer “por tratado”: un análisis comparado del Convenio de Estambul y de la Convención de Belém do Pará». *Revista europea de derechos fundamentales*, núm. 30, 2017

MESTRE I MESTRE, Ruth/DE VIRO, Sara, «La utilización del Convenio de Estambul para luchar contra la violencia de género hacia las mujeres LGBTI y las personas no binarias», en *Democracia no binaria. Reflexiones interdisciplinarias sobre la dessexualización de la ciudadanía* (WINTER PEREIRA, Luisa; RODRÍGUEZ RUÍZ, Blanca, dirs.), 2024.

MORENO BLESÁ, Lidia, «Comentario a la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales». *Actualidad civil*, núm. 2, 2015.

MORENO CATENA, Víctor/CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Introducción al Derecho Procesal*, 11ª ed, Tirant lo Blanch, España, 2021.

MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, *Mujeres mayores víctimas de violencia de género y tutela civil de sus derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch, España, 2024.

NIEVA FENOLL, Jordi, *La cosa juzgada*. Atelier 2006.

ORTELLS RAMOS, Manuel, «Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional. Medidas restrictivas de derechos fundamentales». *Cuadernos de Derecho Judicial* 1996.- *et al*, *Introducción al Derecho Procesal*, 12 edición, Aranzadi, España, 2024.

PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, «Justicia restaurativa como nuevo paradigma de Justicia penal y penitenciaria». *Crítica*, año 61, núm. 973, 2011 (Ejemplar dedicado a: La cárcel del siglo XXI: desmontando mitos y recreando alternativas).

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, «Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, ley de punto final del principio de justicia universal en España». *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta* (MAQUEDA ABREU, María Luisa/MARTÍN LORENZO, María/VENTURA PÜSCHEL, Arturo/DE TOLEDO, Emilio Octavio coords.), 2016.- “El principio de justicia universal tras la reforma LO 1/2014”. *Una década de reformas penales: análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)* BUSTOS RUBIO, Miguel/ABADÍAS SELMA, Alfredo/ DEL MORAL GARCÍA, Antonio, dirs., 2020.

PINTO, Mónica, «El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos», *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 1997.

SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz Andrés, «Artículo 96». *Comentarios a la Constitución española* (PÉREZ MANZANO, Mercedes/BORRAJO INIESTA, Ignacio (coords.); RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel/CASAS BAAMONDE, María Emilia, dirs.), vol. 2, tomo II, 2018.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Jurisdicción». *Estudios de Derecho Procesal*. Ariel, España, 1969.

SOLÉ RESINA, Judith, «El papel del Derecho Civil en lucha contra la violencia de género», *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, 2006, pps. 1797-1816.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *El objeto del proceso: alegaciones, sentencia, cosa juzgada*. La Ley-Actualidad 2000.

Tolnay, I. C., «La interpretación restrictiva de la ley penal en la Argentina de hoy. La relevancia de los principios de legalidad, pro homine y de ultima ratio del derecho penal», *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 10, 2014, págs. 9-22.

TONNA PRUENCE, Lucía, «La responsabilidad civil derivada de la violencia basada en género», *Revista critica de Derecho Privado*, núm. 17, 2020, pp. 1115-1125.

VALLEJO PEÑA, Carmen, *El estado de la jurisdicción universal en el Derecho internacional y en el Derecho interno español*. Tirant lo Blanch, España, 2016.

VANOSI, Jorge Reinaldo. «La revisión de los abusos de derecho en el derecho público y la justiciabilidad de las desviaciones de poder (homenaje al artículo 106 de la Constitución española)». [*La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*](#) (coord. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco), 2003.

VELA SÁNCHEZ, Antonio, *Las consecuencias civiles de la violencia de género. Estudio doctrinal y jurisprudencial*, Bosch, España, 2022.

VÉLEZ, José Miguel, «El control concreto de constitucionalidad», *Revista Jurídica de Derecho Público*, tomo 5, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2011, pps. 19-75.

El arrendamiento de vivienda ajena: (in)validez contractual y tutela jurídica de propietarios y arrendatarios

Sumario

Es escaso el interés doctrinal que ha despertado el arrendamiento de cosa ajena y, en particular, de viviendas u otros inmuebles ajenos. Si bien, el panorama actual nos obliga a fijar la mirada en tal negocio jurídico, más frecuente y problemático.

Existen personas que, careciendo de título legítimo, intervienen como arrendadores, celebrando contratos de arrendamiento de viviendas u otros inmuebles que no les pertenecen (okupas, mafias de ocupación, ocupantes con posesión tolerada, poseedores que perdieron su título o, bien, falsos apoderados o representantes). Como consecuencia, la parte arrendataria –que contrata de buena o mala fe, según conozca o no la falta de legitimidad de la parte arrendadora– generalmente toma posesión de la vivienda. Acto seguido, el propietario legítimo observa cómo su inmueble es ocupado por un tercero –el ocupante-arrendatario– que reclama y defiende la existencia de una relación arrendaticia.

En función de lo planteado, cabe preguntarse primeramente si tal negocio jurídico tiene validez contractual en el Derecho español, siendo además oponible al dueño. Simultáneamente se impone examinar los mecanismos, acciones y estrategias disponibles para proteger los intereses de las partes afectadas: el propietario de la vivienda –o titular de un derecho de uso y disfrute– (desposeído) y el arrendatario (engañado o de buena fe). Así, nos adentramos en un espacio jurídico complejo, laberíntico e incierto, donde se entrecruzan intereses, derechos, obligaciones, riesgos y cierta inseguridad jurídica.

Abstract

There has been little academic interest in the leasing of another's property, and in particular, of dwellings or other real estate belonging to others. However, the current situation compels us to focus on this more frequent and problematic legal transaction.

There are individuals who, lacking legitimate title, act as landlords by entering into lease agreements for homes or properties that do not belong to them (squatters, occupation by organized groups, occupants with tolerated possession, possessors who have lost their title, or even false agents or representatives). As a result, the lessee – who may contract in good or bad faith, depending on whether they are aware of the lessor's lack of legitimacy– generally takes possession of the property. Subsequently, the legitimate owner observes their property being occupied by a third party– the occupying lessee—who claims and defends the existence of a leasehold relationship.

Given the above, the first question to ask is whether such a legal transaction has contractual validity under Spanish law and is enforceable against the owner. Simultaneously, it is necessary to examine the mechanisms, actions, and strategies available to protect the interests of the affected parties: the property owner—or holder of a right of use and enjoyment–(dispossessed) and the lessee

(deceived or in good faith). In this manner, one enters a complex, labyrinthine, and uncertain legal space, where interests, rights, obligations, risks, and elements of legal insecurity intersect.

Title: *Leasing of another's dwelling: (in)validity of contract and legal protection of owners and lessees.*

-

Palabras clave: arrendamiento de cosa ajena, arrendamiento de vivienda ajena, propietario, arrendador, arrendatario, okupa, mafias de ocupación, ocupación, acciones civiles, acciones penales.

Keywords: *lease of another's property, lease of another's dwelling, owner, lessor, lessee, occupant, occupation by organized groups, occupation, civil actions, criminal actions.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i2.05

2.2026

Recepción

07/01/2026

-

Aceptación

28/01/2026

-

Índice

-

1. Introducción

2. El arrendamiento de vivienda ajena

- 2.1. Supuestos de arrendamiento de inmueble ajeno por personas sin título
- 2.2. Concepto
- 2.3. Capacidad para arrendar

3. Debate sobre la (in)validez del arrendamiento de vivienda ajena

- 3.1. Tesis para su validez contractual
- 3.2. Tesis para su nulidad
- 3.3. Tesis para su anulabilidad

4. Tutela jurídica de las partes afectadas en supuestos de arrendamiento de vivienda ajena

- 4.1. Acciones y estrategias del propietario –o del titular de un derecho de uso y disfrute– (desposeído)
 - a. Acción de desahucio por precario
 - b. Acción de tutela sumaria de la posesión. Especial referencia al «desahucio exprés»
 - c. Acción para la efectividad de derechos reales inscritos
 - d. Acción reivindicatoria
 - e. Acción de nulidad (frente al contrato de arrendamiento de cosa ajena)
 - f. Otras acciones civiles
 - g. Denuncia penal (delitos de allanamiento de morada y de usurpación)
- 4.2. Acciones y estrategias del arrendatario (engañado o de buena fe)
 - a. Acción de resolución contractual
 - b. Acción de anulabilidad o nulidad relativa
 - c. Acción de saneamiento por evicción
 - d. Denuncia penal (delito de falsedad documental y delito de estafa inmobiliaria)
 - e. Oponibilidad del arrendamiento de vivienda ajena con base a la buena fe del arrendatario

5. Reflexiones finales

6. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons

Reconocimiento- No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción^{1*}

En los últimos años están cobrando cierto protagonismo personas o grupos organizados que se dedican a ocupar inmuebles y, posteriormente, los alquilan con «contratos falsos». Se trata de «okupas» o «mafias de ocupación» –grupos organizados– que alquilan – subalquilan – viviendas u otros inmuebles a terceros –en ocasiones, personas vulnerables–, que desconocen –o no– que se trata de un alquiler realizado por una persona que no es propietaria de la vivienda –o titular de algún derecho de uso y disfrute–. No estamos, pues, ante personas con necesidad habitacional, sino de personas que buscan hacer negocio con inmuebles ocupados o sin habitar, ante la creciente demanda de alojamiento. En relación con este tema, resulta interesante conocer su *modus operandi*.

Generalmente, el okupa o la mafia de ocupación localiza inmuebles vacíos –por ejemplo, viviendas o locales de entidades bancarias, viviendas vacías de protección oficial, edificios abandonados, etc.– y proceden a su ocupación –cambiando la cerradura de la puerta de entrada–. Señalar que, en ocasiones, se hacen pasar por «falsos inquilinos» que buscan vivienda para localizar inmuebles vacíos. Tras ocupar el inmueble, de forma clandestina o incluso a través de redes sociales –como *TikTok* o *Facebook*–, publicitan su disponibilidad para un posible arrendamiento –con precios más atractivos en comparación con los precios de alquiler del mercado en España²–. De hecho, disponen de una variedad de pisos o, incluso, de una cartera importante de inmuebles vacíos. En este momento, se convierten en «agencias inmobiliarias pirata» con un banco de viviendas en alquiler³. Tras la búsqueda de arrendatarios, seleccionan a la persona pertinente y suscriben un contrato de alquiler. En ocasiones, hay arrendatarios que conocen que se trata de un «alquiler ilegal», pero, otras veces, el arrendatario desconoce que el «arrendador-ocupante» no es el verdadero dueño de la vivienda –siendo víctima de una estafa inmobiliaria–. Resulta claro que algunas mafias actúan con un alto grado de profesionalidad para conseguir beneficio económico –se hacen pasar por los verdaderos propietarios, gestores del inmueble o agencias–.

La prensa española nos ofrece un variado repertorio de casos reales, que merecen ser objeto de relato:

- En 2020 un vecino de Entrevías en Madrid estaba reformando su piso. Tras salir un jueves de la vivienda, llegó el sábado y observó que no podía entrar porque habían cambiado la cerradura y, además, había una familia viviendo en el piso. Dicha familia había suscrito un contrato de arrendamiento y había pagado 400 euros. No obstante, la policía pudo desalojar a los «inquilinos»⁴.

^{1*} Autor de contacto: Víctor Bastante Granell (vbg415@ual.es). Trabajo realizado dentro del Grupo de Investigación «Estudios de Derecho privado y comparado» [SE]-560].

² No obstante, hay mafias okupas que prefieren cobrar inicialmente una cantidad mayor a la establecida en el precio de mercado (ej. 1.500 o 2.000 euros), facilitan un contrato falso y, tras ello desaparecen, buscando otros inmuebles para «alquilar».

³ «El método de agencias inmobiliarias piratas para okupar casas», disponible en https://www.cope.es/trecetv/programas/trece-al-dia/noticias/metodo-agencias-inmobiliarias-piratas-okupar-casas-meto-chica-hijos-20250125_3083647.html [Fecha de consulta: 10/12/2025].

⁴ «Mafias que meten a los okupas en tu casa, o cómo un contrato de alquiler puede ser un engaño», disponible en <https://www.lasexta.com/programas/sexta-columna/noticias/mafias-que-meten-a-los-okupas-en-tu-casa-o-co>

- En 2024 un grupo de personas ocuparon las viviendas de un edificio de Carabanchel (Madrid) y las ofertaron para alquiler, sin necesidad de aportar documentación (personal y/o laboral). La mafia de ocupación cobró a ciertas personas dos meses de fianza y un mes de alquiler por adelantado –cerca de 2.000 euros–. Tras ello, apareció la policía y les informó que era una estafa. En principio, los «inquilinos» no sabían que eran contratos fraudulentos⁵.
- En 2021 la Policía Nacional desarticuló una mafia en Alicante que se dedicaba a ocupar inmuebles para alquilárselos a familias –en situación de vulnerabilidad o con dificultades de acceso a una vivienda–. En particular, había dos familias que habían sido engañadas durante más de siete meses, llegando a pagar más de 1.500 euros por el alquiler de una vivienda ocupada. Otra persona señalaba que había pagado a un tercero 3.000 euros por residir en una de las viviendas por tiempo ilimitado. Se detuvieron a dieciséis personas por delitos de allanamiento de morada⁶.
- En 2025 se ocuparon 28 pisos de una urbanización de lujo en Madrid. Un hombre facilitó contratos de alquiler a diversas familias y luego desapareció. Uno de los «inquilinos-ocupantes» señaló lo siguiente en su momento: «Hemos alquilado la vivienda, pagado el alquiler y fianza, el conserje nos ha abierto la puerta, nos hemos mudado y la policía ha venido a decirnos que era una estafa». Según su testimonio, disponían de un contrato y nadie les podría echar por situación de vulnerabilidad⁷.
- Finalmente, destaca el caso de una familia que firmó un contrato de alquiler con opción a compra con el okupa de una vivienda de Baleares –en principio, sin saberlo–, acordando un pago mensual de 200 euros –por haber realizado reformas en la vivienda (por un importe de 3.000 euros)–. Tiempo después un funcionario judicial les comunicó una orden de desahucio. La «inquilina» fue acusada de un delito de usurpación –el inmueble era de Bankia–⁸.

En relación a la problemática expuesta, situaciones similares se han vivido en otras ciudades españolas⁹. Además, este *modus operandi* no afecta únicamente a viviendas, pues también

[mo-un-contrato-de-alquiler-puede-ser-un-engano_202009185f6500bdd0cd870001187e2f.html](https://www.okdiario.com/sucesos/mafia-okupa-canaveral-cambio-cerraduras-pisos-nuevos-alquilarlos-2-000-13357872) [Fecha de consulta: 10/12/2025].

⁵ «La mafia okupa de El Cañaveral cambió las cerraduras de pisos nuevos para alquilarlos por 2.000 €», disponible en: <https://www.okdiario.com/sucesos/mafia-okupa-canaveral-cambio-cerraduras-pisos-nuevos-alquilarlos-2-000-13357872> [Fecha de consulta: 10/12/2025].

⁶ «Desarticulada una mafia que se lucraba con la venta y alquiler de viviendas que previamente ocupaban», disponible en <https://www.20minutos.es/noticia/4602659/0/desarticulada-mafia-lucraba-venta-alquiler-viviendas-ocupaban/> [Fecha de consulta: 10/12/2025].

⁷ «Okupación masiva en 28 viviendas de una urbanización de lujo en Madrid», disponible en: https://www.larazon.es/sociedad/okupacion-masiva-28-viviendas-urbanizacion-madrid-inseguridad-vecinal-pelas-estafas-mafia-p7m_20250109677f860fbc785b0001753579.html [Fecha de consulta: 10/12/2025].

⁸ «Un hombre estafa a una familia alquilándole una vivienda que no era suya», disponible en: <https://www.diariodemallorca.es/mallorca/2018/03/08/hombre-estafa-familia-alquilandole-vivienda-3252591.html> [Fecha de consulta: 10/12/2025].

⁹ Véanse las siguientes noticias: «Firmó un contrato de alquiler y al mes se enteró de que se había convertido en okupa sin saberlo» (<https://www.antena3.com/programas/espejo-publico/noticias/firmo-un-contrato-de-alquiler-y-al-mes-se-ente>

perturba a locales u otros inmuebles. En tal sentido, podemos mencionar, de forma ejemplificativa, la ocupación de un hotel en Tenerife y el alquiler posterior de sus habitaciones por una «mafia okupa» en fechas recientes¹⁰. Los casos descritos muestran una realidad presente en la geografía española, existiendo testimonios sobre okupas o mafias de ocupación que alquilan inmuebles con «contratos falsos o fraudulentos».

Ahora bien, el arrendamiento de viviendas o inmuebles ajenos no se produce únicamente por «okupas» o «mafias de ocupación». Existen otros poseedores sin título que podrían realizar tales arrendamientos. A modo de ilustración, un «inquiocupa», el antiguo propietario o titular legítimo del inmueble, un comunero sin el permiso del resto de comuneros, falsos representantes, etc. Se trata de personas que, a sabiendas de su falta de titularidad sobre el bien inmueble, deciden alquilarlo con la finalidad de obtener un lucro económico o, bien, perjudicar al legítimo titular. Si bien es cierto que también existen casos de personas que suscriben arrendamientos de vivienda ajena, incluso sin disponer de la posesión del referido bien inmueble.

Observando tal realidad, se presenta el siguiente interrogante: ¿puede un okupa, un poseedor sin título o un tercero –sin posesión– arrendar una vivienda o inmueble cuya propiedad o uso no le pertenece? Con esta cuestión nos adentramos en una materia que merece especial atención, el «arrendamiento de vivienda ajena» o de «inmueble ajeno» y su validez contractual en el Derecho Civil.

2. El arrendamiento de vivienda ajena

2.1. Supuestos de arrendamiento de inmuebles ajenos por personas sin título

Antes de adentrarnos en el fondo del asunto, es ineludible exponer posibles situaciones que podrían, en principio, encajar en el supuesto de un arrendamiento de vivienda ajena –u otro inmueble– por personas sin título para arrendar.

- Primeramente, la más llamativa, sería el caso de personas o grupos organizados que entran en inmuebles vacíos, cambian la cerradura, ofertan los inmuebles –o sus espacios (como habitaciones)– por diferentes canales (boca a boca, Internet, redes sociales) y, posteriormente, con o sin conocimiento del arrendatario suscriben un contrato de alquiler por una cuantía inicial determinada. Tras ello, en numerosas ocasiones, los «arrendadores-ocupantes» desaparecen. Se trata de arrendamientos fraudulentos –que emanan de ilícitos penales (estafa inmobiliaria, allanamiento de

[ro-de-que-se-habia-convertido-en-okupa-sin-saberlo_2017031558c903190cf264516cb44d5e.html](https://www.elpais.com/web/internacional/ro-de-que-se-habia-convertido-en-okupa-sin-saberlo_2017031558c903190cf264516cb44d5e.html), fecha de consulta: 10/12/2025); «Falsos propietarios okupan pisos en Barcelona para alquilarlos con contratos fraudulentos» (<https://www.desahucioenvalencia.com/products/falsos-propietarios-okupan-pisos-en-barcelona-para-alquilarlos-con-contratos-fraudulentos/>, fecha de consulta: 10/12/2025); «Cuando los 'okupas' son falsos dueños de pisos en alquiler» (<https://www.diariodemallorca.es/mallorca/2021/04/19/okupas-son-falsos-duenos-pisos-48468211.html>, fecha de consulta: 10/12/2025).

¹⁰ «Una mafia okupa y alquila las habitaciones de un hotel de Tenerife: Aquí no hay necesidad de vivienda, aquí hay maldad», disponible en: https://www.telecinco.es/noticias/sociedad/20250701/okupan-hotel-callao-sport-adeje-tenerife-alquilan-habitaciones_18_016015688.html [Fecha de consulta: 10/12/2025].

morada o usurpación)–, con desaparición del «falso arrendador» tras suscribir el contrato.

- En segundo lugar, podría darse la situación anterior, pero el «arrendador-ocupante» no desaparece, sigue recibiendo una renta mensual a cambio de la cesión de uso del inmueble ocupado al arrendatario. Por ende, a diferencia del primer supuesto, la relación arrendaticia persiste en el tiempo tras la celebración del contrato y el «falso arrendador» sigue recibiendo una renta periódica.
- En tercer lugar, puede ocurrir que el ocupante de un inmueble vacío, tras llevar cierto tiempo (meses o años) ocupándolo, decida ponerlo en arrendamiento a favor de un tercero. Pongamos por caso que una persona ocupa un inmueble –de una persona fallecida o una empresa– sin que los legítimos dueños reclamen su derecho de propiedad. En ese tiempo de «tolerancia» o «ausencia de reclamación de la propiedad» podría alquilar el inmueble o, en su caso, una parte –como, por ejemplo, la habitación de una vivienda–. Es este tercer supuesto el arrendamiento se confecciona después de una ocupación prolongada sin título (con tolerancia o sin recuperación del inmueble por el propietario).
- En cuarto lugar, el contrato de arrendamiento podría suscribirse por una persona que, en un primer momento, gozaba de título de propiedad o de uso del bien inmueble y, por diversas circunstancias, pierde dicho título, pero aun así decide permanecer en el inmueble. Pensemos, a modo de ilustración en el «inquiocupa» o una persona que pierde su propiedad tras un procedimiento de embargo o ejecución (un deudor hipotecario, una empresa, etc.). Tras extinguirse la propiedad o el título que le legitima, podrían permanecer en la misma y, antes de que se produzca el desahucio o desalojo, arrendar el inmueble a un tercero. Por lo cual, nos encontraríamos ante un arrendamiento post-pérdida de titularidad o derecho de uso.
- En último término, se encuentran los falsos representantes, personas que actúan como si tuvieran poderes de administración o mandato del dueño o titular legítimo, pero carecen de poder. También podrían ser representantes que actúen fuera del ámbito de actuación permitido.

Aunque pueden mencionarse otros supuestos¹¹, se observa como nos encontramos antes casos en los que ciertos sujetos –sin ningún derecho o título previo, o habiéndolo perdido–, deciden celebrar un arrendamiento de vivienda o inmueble ajeno a favor de un tercero, la parte arrendataria –que lo suscribe con buena o mala fe–. Tras ilustrar posibles casos, corresponde conceptualizar el arrendamiento de vivienda o inmueble ajeno.

2.2. Concepto

Actualmente, el Código Civil –en adelante CC– no regula la figura del arrendamiento de cosa ajena y, menos aún, ofrece un concepto. Si nos centramos en el «arrendamiento de vivienda

¹¹ Arrendamientos sobre bienes inmuebles en litigio judicial, arrendamientos de viviendas públicas o inmuebles sujetos a restricción legal, arrendamientos de inmuebles suscritos por personas bajo la creencia de tener un título legítimo para arrendar, arrendamiento de vivienda por comunero sin consentimiento del resto de comuneros, etc.

ajena» la situación es la misma. No obstante, la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU), como veremos más abajo, establece los efectos que se derivan del arrendamiento *non domino* respecto a la parte arrendataria. Asimismo, hay que indicar que es escasa la doctrina que se ha ocupado de dicha materia.

A pesar de lo anterior, podemos conceptualizar el arrendamiento de cosa ajena como aquel contrato en el que se arrienda un bien por una persona que no es propietaria o, bien, que no dispone de derecho alguno para arrendar (ej. usufructo), con conocimiento o sin conocimiento de tal situación por la parte arrendataria. Dicho con otras palabras, y centrándonos en el tema de examen, sería aquel negocio jurídico en virtud del cual una parte, el «arrendador- sin título», «se obliga» a procurar a otra, el arrendatario, el goce o uso pacífico de una vivienda o inmueble por tiempo determinado y precio cierto, con la particularidad de que carece de la titularidad dominical o de un derecho real de goce sobre el bien objeto del contrato al tiempo de su perfección. Dicho contrato se suscribe con independencia de que la parte arrendataria tenga o no conocimiento, en el momento de su celebración, de la referida falta de legitimación del «arrendador-sin título». De todas maneras, existen «arrendamientos de vivienda ajena simulados» en los que las partes no tienen intención alguna en cumplir las obligaciones descritas.

Hecha tal salvedad, dichas situaciones pueden producirse cuando quien actúa como arrendador carece de título suficiente sobre el inmueble y, a pesar de ello, procede a su arrendamiento. Así, cabe distinguir: a) el supuesto en que el arrendador confía en adquirir la propiedad o un derecho de uso o disfrute en el futuro y, sobre la base de dicha expectativa, celebra el contrato; b) aquel en que, ostentando una posesión de buena fe fundada en un título aparente, cede el uso del bien inmueble a un tercero; y c) finalmente, el supuesto en que, careciendo por completo de título —sea o no poseedor material del inmueble—, concierta un arrendamiento sobre cosa ajena. En la práctica habitual, este último supuesto se presenta con mayor frecuencia: sujetos que, con pleno conocimiento de la ausencia de cualquier título o derecho legítimo, arriendan una vivienda o inmueble ajeno a un tercero, con finalidad lucrativa o con el propósito de generar una apariencia contractual que permita prolongar indebidamente la ocupación del inmueble y dificultar su recuperación por el legítimo titular, especialmente en el contexto de procedimientos de desahucio.

2.3. Capacidad para arrendar

Como dispone el art. 1543 CC, en el arrendamiento de cosas «una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto». Nos encontramos ante un contrato de uso o disfrute, lo que significa que el arrendador ha de tener el uso o disfrute de la cosa arrendada, aunque no ostente título de dueño:

Dice la sentencia de 8 de octubre de 1985 que «sabido es que la cesión de una cosa en arrendamiento no es acto de riguroso dominio [...], sino que por el contrario la cesión arrendaticia es un mero acto de administración lo que no obsta, claro es, para que en la mayoría de los casos sea el mismo propietario el que concierta el contrato de locación. Se halla legitimación para concertar el contrato de arrendamiento no el propietario en cuanto tal, sino quien, por cualquier título, tiene la facultad de uso y disfrute sobre la cosa [...]» (STS 3332/2006, Civil (Pleno), de 30 de mayo [ECLI:ES:TS:2006:3332]).

Se quiere con ello significar que tiene capacidad para arrendar no solamente el propietario de la cosa, sino cualquier titular de un derecho real de goce sobre la misma. A modo de ilustración,

pueden arrendar, entre otros, el titular de un derecho de usufructo, el titular de un derecho de superficie, el arrendatario –que actuaría como subarrendador– (siempre que tenga autorización del arrendador, si fuera de vivienda), el comprador con pacto de retro a favor del vendedor o un heredero fiduciario –salvo prohibición del testador–. Igualmente, podrá celebrar tal contrato el representante de cualquiera de ellos, con poder suficiente. Por consiguiente, como indica LACRUZ BERDEJO, «tiene título suficiente para arrendar eficazmente quien puede transferir el goce de la cosa»¹². Ahora bien, habrá que determinar, caso por caso, como afecta al arrendamiento la extinción del derecho de uso o disfrute. Si apelamos a un ejemplo, respecto al derecho de usufructo, se establece que la extinción del mismo provoca la extinción del arrendamiento suscrito (art. 480 CC). Asimismo, el arrendador también debe ostentar capacidad para contratar¹³.

Las reglas descritas serían de aplicación a los arrendamientos urbanos, regulados por la Ley 29/1994 (LAU).

Tras realizar este breve comentario de la capacidad del arrendador, hay que analizar la situación de la persona que, sin título, arrienda una vivienda o un inmueble. Dicha persona no es dueña ni goza de título de uso o disfrute. Sea una mafia de ocupas, un okupa, un «inquiocupa», un ocupante con posesión tolerada o un falso representante, nos encontramos, en principio, ante personas sin justo título. Si bien, planteo una pregunta inicial, ¿el *ius possessionis* otorga al poseedor el derecho a arrendar? Ante tal situación, hay que cuestionarse si pueden celebrar un contrato de arrendamiento de una vivienda o inmueble que pertenece a otra persona, así como su posible validez negocial. Nos adentramos, pues, en un debate de especial interés.

3. Debate sobre la (in)validez del arrendamiento de vivienda ajena

3.1. Tesis para su validez contractual

La figura del «arrendamiento de cosa ajena» y su validez contractual encuentran cobijo dentro de nuestro ordenamiento jurídico, por distintos argumentos: a) ausencia de prohibición expresa, b) admisión de la venta de cosa ajena, c) configuración del arrendamiento como un negocio obligacional y d) la existencia de un posible derecho de uso emanada del *ius possessionis*, si el arrendador fuera únicamente poseedor –es decir, tuviera solamente la tenencia natural de la cosa–.

Como señala SERRA RODRÍGUEZ, la doctrina mayoritaria se muestra favorable a la validez del arrendamiento de cosas ajenas¹⁴. Ciertamente, el Tribunal Supremo declaró la ineficacia de un

¹² LACRUZ BERDEJO, *Elementos del derecho civil. II, Derecho de obligaciones. Volumen segundo, Contratos y cuasicontratos, delito y cuasidelito*, 2013, Dykinson, Madrid, pp. 117 ss.

¹³ Sobre la capacidad del arrendador, véanse: QUICIOS MOLINA, «Del contrato de arrendamiento», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 10947 ss.; SERRA RODRÍGUEZ, «Artículo 1546. Arrendador y arrendatario», en CAÑIZARES LASO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 6989 ss.; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, «El Contrato de Arrendamiento de cosas en el Código Civil» en SÁNCHEZ CALERO, *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, 12ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 313 y 314.

¹⁴ SERRA RODRÍGUEZ, «Disposiciones generales del contrato de arrendamiento (artículos 1542 a 1545 CC)», en CAÑIZARES LASO (dir.), PABLO CONTRERAS (dir.), ORDUÑA MORENO (dir.) y VALPUESTA FERNÁNDEZ (dir.), *Código Civil Comentado*. Volumen IV, 2ª edición, Civitas, Navarra, 2016, [BIB\2016\4578]; ESTANCONA PÉREZ, «Arrendamiento a non domino», *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 791, 2022, p. 1560; etc.

contrato de arrendamiento suscrito por un «falso arrendador», ante la falta de propiedad y poder de representación sobre el bien¹⁵. No obstante, la jurisprudencia actual mayoritaria admite su validez contractual.

Nuestro ordenamiento jurídico no recoge ningún precepto que prohíba el arrendamiento de cosa o vivienda ajena (*permissum id esse intellegitur, quod non prohibetur*). De hecho, existe legislación especial, como la LAU, cuyo art. 13.3 protege al arrendatario de buena fe que haya alquilado una vivienda a un arrendador que no era el verdadero dueño –es un precepto que busca proteger al arrendatario, pero indirectamente otorga eficacia al arrendamiento de vivienda ajena–.

«Sea como fuere, la concertación del arrendamiento no exige, en todo caso, que el arrendador tenga el dominio del inmueble sobre el que recaiga. El arrendamiento de cosa ajena está reconocido, como vienen a demostrarlo las disposiciones contenidas en los artículos 13.2 y 3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (SAP Ciudad Real, Sección 1ª, de 20 de enero de 2006 [LA LEY 7154/2006])».

En este mismo sentido, se señala:

«En cambio, más problemática se nos presenta la carencia de título por parte del demandado, en cuanto que nos lleva al exámen de la validez del contrato de arrendamiento de cosa ajena, del que no puede sostenerse ineludiblemente su ineficacia o nulidad absoluta, [...] porque la nueva L.A.U. de 24 de Noviembre de 1.994 le reconoce eficacia y protección en determinados casos (art. 13 pf. 2 L.A.U.), lo que puede servir de guía interpretativa para este supuesto» (SAP Madrid, Sección 14ª, de 13 de enero de 1998 [JUR 1998\261737]).

Asimismo, la admisión mayoritaria de la venta de cosa ajena refuerza la validez del arrendamiento a *non domino*. El Tribunal Supremo ha reiterado de forma constante la validez contractual de la primera figura¹⁶. En estos casos, el vendedor vende a un tercero –el

¹⁵ STS 3054/2004, Civil (Pleno), de 5 de mayo de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:3054).

¹⁶ «La venta de cosa ajena es válida, en ningún caso se puede tildar de inexistente por falta de objeto; el objeto existe, es el piso; distinto es la falta de poder disposición (cuestión no atinente al derecho subjetivo, derecho de propiedad en este caso, sino al sujeto disponente) sobre el objeto, que da lugar a la ineficacia y puede dar lugar a la adquisición (entre otros medios, como la usucapión) a non domino en virtud del artículo 464 del Código civil en los bienes muebles y del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en los inmuebles. Precisando más, la venta de cosa ajena será ineficaz frente al verdadero propietario que podrá ejercitar acción reclamando la declaración de su ineficacia o acción declarativa de dominio o reivindicatoria sobre el objeto de aquélla. Pero entre las partes, vendedora y compradora, será eficaz» (STS 2563/2008, Civil, de 5 de mayo de 2008 [ECLI:ES:TS:2008:2563]). En este mismo sentido, se señala: «[...] conviene comenzar destacando que el caso de una persona, en general, que vende cosa que antes ha transmitido a otro es venta de cosa ajena que la jurisprudencia y la doctrina han aceptado su validez, en el sentido de que el vendedor puede adquirirla posteriormente y dejar como definitiva la transmisión, o puede darse la obligación de saneamiento por evicción, o puede dar lugar a la adquisición a non domino por el juego de los artículos mencionados: lo cual lo han reiterado, entre otras, las sentencias de 14 de abril de 2000, 7 de febrero de 2001, 8 de marzo de 2001, 10 de junio de 2003. Lo que no tiene sentido es la afirmación que hacen las sentencias de instancia de que en tal caso la compraventa es nula o inexistente por falta de objeto. El objeto del contrato de compraventa es la cosa y el precio (rectius, las obligaciones recíprocas de entregar la cosa y el precio) que no comprende el que la cosa sea ajena; ésta, pues, es válida y puede llegar a ser eficaz [...]» (STS 1604/2007, Civil, de 20 de marzo de 2007 [ECLI:ES:TS:2007:1604]). «En consecuencia, concurren en este asunto las circunstancias que determinan, frente al efecto más radical de la nulidad, la procedencia de aceptar el carácter puramente consensual y generador de obligaciones en que se basa el criterio jurisprudencial que declara la validez de la venta de cosa ajena (STS de 7 de marzo de 1997, RC n.º 307/1993), con los efectos a que dé lugar, pues no impide el ejercicio de acciones reivindicatorias, de indemnización, de resolución o de saneamiento por quienes se vean afectados» STS 620/2011, Civil (Pleno), de 28 de marzo de 2012 [ECLI:ES:TS:2012:2154]). Véanse también, entre otras, las siguientes resoluciones: STS 4215/2010, Civil, de 20

comprador– una cosa, sin tener titularidad u ostentar poder de disposición alguno sobre la misma¹⁷. De modo que, como subraya HERBOSA MARTÍNEZ, «lo determinante para estar ante dicha situación es que, al perfeccionarse la venta, el vendedor no sea el dueño de la cosa vendida»¹⁸. Aunque su admisión despertó reticencias en sus inicios, se ha aceptado su validez por tres motivos fundamentales. Para empezar, y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos¹⁹, el Código Civil guarda silencio sobre el asunto. En segundo lugar, ningún precepto establece como requisito que el vendedor sea dueño de la cosa. Y, por último, uno de los principales fundamentos para su defensa: la compraventa es un negocio de carácter obligacional, no tiene virtualidad dispositiva²⁰ –y es que, con base a la teoría del título y el modo (art. 609 CC), la compraventa, como contrato consensual, no comporta por sí la transmisión de la propiedad, en todo caso, la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida (arts. 1461 y 1462 CC²¹), sea o no de su propiedad –para poder transmitir la propiedad el vendedor debe ser titular de la cosa vendida (*nemo dat quod non habet*)–. En síntesis, atendiendo a su carácter obligacional, la venta de cosa ajena es un contrato válido, encontrando como fundamento «el propio sistema de transmisión de los derechos reales que declara la insuficiencia del contrato para la producción de los efectos reales»²². Como dispone cierta jurisprudencia, tales motivos sirven igualmente para sustentar la figura del arrendamiento de cosa ajena:

«Así como, está plenamente aceptada la venta de cosa ajena, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que pueda conllevar, también puede aceptarse el arrendamiento de cosa ajena. El arrendamiento es un contrato consensual, dado que se perfecciona por el mero consentimiento y vincula a las partes desde su celebración. Ni el Código civil, ni la Ley de Arrendamientos Urbanos exigen que el arrendador sea propietario, dado que puede ser arrendador el usufructuario, el poseedor, etc. Incluso el propio arrendatario podría subarrendar, a pesar de que lo tuviera prohibido, quedando vinculado con el subarrendatario» (SAP Girona, Sección 1ª, de 3 de octubre de 2022 [LA LEY 249791/2022]).

Dentro de este marco, merece especial atención detenerse en el carácter obligacional del contrato de arrendamiento. En virtud del mismo, el arrendador tiene dos obligaciones principales: por un lado, ceder el uso de la cosa (art. 1546 CC), por lo que debe entregar la cosa objeto del contrato (art. 1554.1º CC) y, por otro, mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato. Nuestro Código Civil no exige que el arrendador deba ser dueño de la cosa objeto de arrendamiento, pero si tiene la obligación, por el negocio

de julio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4215); STS 620/2011, Civil (Pleno), de 28 de marzo de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:2154); etc.

¹⁷ Véase LACRUZ BERDEJO, *Elementos del derecho civil. II*, pp. 14 ss.

¹⁸ HERBOSA MARTÍNEZ, *El contrato de compraventa civil*, Civitas, Navarra, 2013, [BIB\2013\2250].

¹⁹ El Código Civil francés señala que la venta de cosa ajena es nula: «La vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui» (art. 1599). Ello se debe a que se configura el contrato como un negocio de disposición.

²⁰ La compraventa no es por sí sola traslativa del derecho de propiedad, se limita a generar derechos de crédito entre las partes contratantes.

²¹ Art. 1462 CC: «Se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador». La obligación del vendedor se considera cumplida con la entrega material o el traspaso posesorio de la cosa objeto de venta. No obstante, para evitar tales problemas, la Propuesta de modificación del Código civil, para la Modernización del Derecho de obligaciones y Contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación pretende acabar con tal situación, sugiriendo en su art. 1445 que se establezca lo siguiente: «Por el contrato de compraventa el vendedor se obliga a entregar una cosa que sea conforme con el contrato y esté libre de derechos de tercero que no hayan sido contemplados en él [...]».

²² CUENA CASAS, «Reflexiones en torno a la venta de cosa ajena», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº. 635, 1996, [VLEX-325909].

suscrito, de entregar la tenencia material de la cosa –su posesión inmediata– para su uso o realizar su traspaso posesorio –sin que se vea alterado por terceros a lo largo de la duración del contrato–. Eso quiere decir que la ausencia de propiedad sobre el bien no provoca la invalidez del contrato de arrendamiento. Sobre este asunto, podemos destacar la siguientes resoluciones judiciales:

«Pero aunque así no fuera, no cabe olvidar que el arrendamiento confiere un derecho meramente personal, de forma que los efectos se circunscriben a las partes contractuales [...], siendo válido, en términos generales, incluso el arrendamiento de cosa ajena» (SAP Madrid, Sección 12ª, de 7 de marzo de 2024 [ECLI:ES:APM:2024:3706]).

Siguiendo la misma línea²³, se manifiesta:

«Tanto doctrinal como jurisprudencialmente se ha admitido la validez obligacional del arrendamiento, incluso cuando la cosa arrendada no perteneciera al arrendador. Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2.007, se dice al respecto que “aun no siendo propietario el arrendador, el recurrente disfrutó de la posesión del solar durante un largo periodo de tiempo sin haber sido perturbado y obtuvo lo pretendido” por lo que desestima la pretensión del arrendatario. La razón decisoria de esa Sentencia del Alto Tribunal viene a coincidir con la jurisprudencia que mantiene la validez de la venta de cosa ajena [...]. En el caso de arrendamiento, con mayor razón, se ha de admitir la validez y eficacia obligacional del de cosa ajena. En efecto, por ese contrato el arrendador se compromete no a transmitir la propiedad, sino únicamente el uso o disfrute de la cosa (artículo 1.543 del Código Civil), y, por ello, su obligación se detiene en mantener al arrendatario “en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato” (artículo 1.454.3º del Código Civil). Por ello, no coincide ni tiene por qué coincidir la condición de propietario y arrendador: el propietario puede verse impedido para arrendar, si no tiene la posesión inmediata de la cosa, y por el contrario, el no propietario puede arrendar si tiene un derecho que le autorice a transmitir el de uso y disfrute del inmueble» (SAP Madrid, Sección 12ª, de 23 de mayo de 2024 [ECLI:ES:APM:2024:7658]).

Ahora bien, dicha resolución judicial admite la validez del arrendamiento de cosa ajena, pero posteriormente manifiesta que el arrendador «puede arrendar si tiene un derecho que le autorice a transmitir el de uso y disfrute del inmueble». Dicho con otras palabras, el tribunal considera que dentro del concepto de arrendamiento de cosa ajena entran aquellos supuestos en los que el arrendador no es el propietario, pero ostenta título suficiente para arrendar la vivienda (como el usufructuario). Si bien, hay que decir que si tuviera derecho alguno... no habría arrendamiento de cosa ajena en sentido estricto. Tal manifestación resulta incoherente ante la admisión de la validez de la venta de cosa ajena, en el que el vendedor no ostenta derecho de propiedad alguno sobre la cosa. Si puede vender una persona que no es dueña de la cosa vendida, puede arrendar una persona que no tiene título de uso y disfrute sobre la cosa arrendada. Admitir la validez de la venta ajena, implica admitir tal afirmación. Por analogía, si puede enajenarse válidamente algo ajeno, también puede cederse temporalmente el uso de algo

²³ También destaca el siguiente pronunciamiento judicial: «El caso presenta peculiaridades pues la parte actora expresamente reconoce -en la papeleta de conciliación, en su declaración en el acto de la vista- que la propietaria del local es su madre, pero consta igualmente que el contrato que la parte actora postula que vincula a las partes fue suscrito por el demandante en nombre propio y también que en la misma papeleta de conciliación, ratificada en el acto ulterior, la propietaria asumía que la condición de arrendador correspondía a su hijo ahora demandante, lo cual no es jurídicamente imposible pues, sin perjuicio de las indeterminadas relaciones jurídicas que puedan existir entre la propietaria y el demandante respecto de la cosa arrendada y que hayan autorizado que éste actúe como arrendador del inmueble ejerciendo los poderes sobre él que le facultan para ceder sus uso, cabe el arrendamiento de cosa ajena -como su venta- y es arrendador quien se compromete ante la otra parte contractual a facilitarle arrendatario el goce o uso de la cosa y efectivamente lo hace» (SAP Coruña, Sección 6ª, de 4 de marzo de 2005 [ECLI:ES:APC:2005:1330]).

ajeno, con efectos *inter partes*. En este sentido, la jurisprudencia alude a la «carencia de título» por parte del arrendador²⁴.

Naturalmente, la generalidad es que los contratos de arrendamiento se suscriban por los dueños de las cosas. No obstante, es habitual que tales negocios se celebren por representantes legales o, en su caso, por personas que disponen de un derecho para poder celebrar el contrato con terceros (usufructuario, superficiario, etc.). En tales casos, no existe problema alguno para arrendar. De hecho, este tipo de arrendamiento no deben, ni mucho menos, encajarse dentro del concepto de arrendamiento de cosa ajena. El problema aparece cuando una persona alquila una cosa ajena, sin «derecho» a hacerlo. Pero claro, en principio, al igual que nuestro Derecho permite la venta de cosa ajena, también debe permitir el arriendo de cosa ajena por persona que no ostente derecho alguno sobre el bien arrendado. Siguiendo tal criterio, un «okupa» o un poseedor –que haya perdido la titularidad o derecho de uso– podría celebrar un contrato válido de arrendamiento de vivienda u otro inmueble. No obstante, pongamos por caso que necesitara un derecho sobre el bien. De ser así, la posesión podría ser la situación fáctica que le revista de tal poder de disposición.

Hay que advertir que, como poseedores, gozan del *ius possessionis*²⁵, y aunque la posesión se cataloga como un hecho jurídico (la tenencia física o material de un determinado bien), cierta doctrina considera que estamos ante un derecho real²⁶ –provisional y débil– dada su oponibilidad *erga omnes* (por su tutela sumaria, conforme al art. 446 CC). Como consecuencia, y de forma indirecta, si nuestro ordenamiento jurídico protege la mera tenencia material del poseedor, al mismo tiempo le reconoce un derecho de goce o uso –aunque pueda claudicar por las acciones emprendidas por el verdadero dueño–. Ese uso se refleja también en la regulación de los efectos de la liquidación posesoria (arts. 451 y ss. CC), al reconocerse que el poseedor puede percibir frutos (civiles y naturales) o realizar gastos de conservación u obras de mejora. Tan es así que se contempla que un poseedor de mala fe tenga la obligación de resarcir al poseedor legítimo por frutos civiles percibidos (como las rentas de un contrato de alquiler) (art. 455 CC). Podría defenderse, por consiguiente, que la posesión otorga un derecho provisional de uso o tenencia y, en consecuencia, la posibilidad de arrendar la vivienda ocupada. En efecto, «la posesión es un derecho real *provisional*. Ello conlleva una muy importante consecuencia: la atribución de facultades al poseedor tiene siempre carácter asimismo provisional». Por tanto, el poseedor tiene un derecho de uso que le confiere unas facultades que cesarán cuando el «poseedor actual es vencido por otro que ostenta un mejor derecho a poseer, o si el poseedor se

²⁴ SAP Madrid, Sección 14ª, de 13 de enero de 1998 (JUR 1998\261737).

²⁵ En palabras de CARRASCO PERERA, «Sin duda el okupa es un «poseedor natural», pero también alcanza el grado de «poseedor civil», si quiere tener como suyo el *ius possessionis*, aunque carezca de título y aunque tampoco pretenda ostentar o ganar por su conducta un derecho a poseer, un *ius possidendi*, un título. Con bastante aproximación podemos afirmar que el okupa es un titular civil del *ius possessionis* en tanto en cuanto esté dispuesto a no salir de la vivienda, y no salga, por mucho que la ocupe sin título. Todo poseedor «tiene derecho a ser respetado en su posesión». Quiere decirse con ello que todo poseedor tiene legitimación procesal para instar la demanda de juicio verbal del art. 250.1.4º LEC frente a quien le perturbe o le despoje de esta posesión alcanzada contra derecho....». FUENTES-LOJO RIUS/SALAS CARCELLER/MAGRO SERVET/CARRASCO PERERA/ECHEVERRÍA SUMMERS, «¿Tiene el okupa protección posesoria?», *Actualidad Civil*, nº 2, 2022, [LA LEY 1420/2022].

²⁶ «El derecho subjetivo nacido de la mera tenencia (posesión), dados, ya su eficacia excluyente y *erga omnes*, ya su relación inmediata con el bien poseído, ha de clasificarse entre los derechos absolutos (derechos reales). Derecho, con todo, claudicante en sí, como (y en cuanto) nacido de un mero hecho, y ello en dos sentidos: claudica ante cualquiera que demuestre su derecho a poseer en cuanto titular de un derecho subjetivo (*ius possidendi*)». SANCHO REBULLIDA/LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO, *Elementos de derecho civil III: derechos reales. Volumen primero: posesión y propiedad*, 2 ed., Dykinson, Madrid, 2016, p. 52.

aviene a la devolución»²⁷. De modo que el poseedor sin título de un bien inmueble, como arrendador, solamente estaría obligado a transmitir la posesión:

«Una significativa corriente doctrinal avala con carácter general el arrendamiento de cosa ajena, extendiendo a este la tradicional doctrina sobre la compraventa y su carácter obligacional, y ponderando que la obligación del arrendador es la entrega de la posesión, lo que no necesariamente entraña facultades dominicales (cfr. entre otras, SAP de Madrid, Sección 12ª, de 8 de abril de 2013)» (SAP Coruña, Sección 5ª, de 21 de julio de 2022 [LA LEY 223623/2022, ECLI:ES:APC:2022:2122]).

Sea como sea, aunque el arrendador no sea propietario del inmueble, si dispone de su posesión inmediata, tendría la posibilidad de entregarla a un arrendatario. Con base al carácter obligacional de este contrato, cumpliría con una de sus principales obligaciones. Y si, además, permite que el arrendatario disponga del goce pacífico de la cosa durante toda la relación arrendaticia, el arrendador –que no es dueño de la cosa, ni dispone de título alguno sobre la misma–, habrá cumplido y desarrollado el contrato de forma satisfactoria. Así lo admite el Tribunal Supremo en un caso que merece ser comentado.

En abril de 1985, Don Fernando (arrendatario) y Don Silvio (arrendador) celebraron un contrato privado de arrendamiento sobre un solar de unos 300 m² en Ciudad Real. En ese momento, el arrendador no era dueño del solar, pues había perdido la propiedad en 1983, dos años antes, debido a un plan de reparcelación urbanística del Ayuntamiento de Ciudad Real, siendo de titularidad ajena –tal situación no era conocida por Don Fernando–. Dentro del contrato, se permitía al arrendatario realizar obras para instalar un negocio de hostelería («whisquería»). Las obras, según el contrato, quedarían en beneficio de la propiedad al finalizar el arrendamiento. Pues bien, el negocio suscrito se mantuvo vigente durante doce años, hasta 1997, sin que se hubiera producido la cesación anticipada por voluntad del arrendador –aunque el arrendatario alegaba que los verdaderos propietarios habían reclamado y recuperado la posesión–. Tras ello, el arrendatario interpuso acción de reclamación de 9.447.889 pesetas más indemnización por daños y lucro cesante. No obstante, el Tribunal Supremo, dado que el contrato terminó de forma natural –conforme a las disposiciones propias del Código Civil– no admitió tal reclamación, al considerar que el arrendatario había disfrutado del goce pacífico del solar y en el contrato se había pactado que las obras realizadas se quedarían a favor de la propiedad:

«Lo expuesto pone de manifiesto que aún no siendo propietario el arrendador, el recurrente disfrutó de la posesión del solar durante un largo periodo de tiempo sin haber sido perturbado y obtuvo lo pretendido, habiendo asumido la ejecución a su costa de las obras para explotar el negocio de whisquería del que se benefició, en las condiciones que quedan expuestas y las obras, conforme a lo pactado, quedaban a favor y beneficio de la propiedad, por lo que no existen razones acreditadas que autoricen a pedir las indemnizaciones suplicadas, siendo aplicable el artículo 1.573 del Código Civil que se remite al 487» (STS 768/2007, Civil, de 28 de junio de 2007 [ECLI:ES:TS:2007:4819]).

A través de dicha resolución judicial, el Tribunal Supremo admite la validez contractual del arrendamiento de cosa ajena. Aunque el arrendador no sea dueño de la cosa, el contrato despliega efectos *inter partes*, manteniendo su vigencia mientras ambas partes cumplan sus obligaciones:

²⁷ DE VERDA Y BEAMONTE Y SERRA RODRÍGUEZ (coord.), Derecho civil III : (derechos reales), 9ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, p. 129.

«De hecho, incluso un contrato de arrendamiento sobre cosa ajena no eximiría de cumplir al arrendatario de su obligación de pago de la renta pactada siempre que no resulte perjudicado en el goce de la cosa» (SAP Barcelona, Sección 4ª, de 28 de mayo de 2001 [LA LEY 106565/2001]).

A esta conclusión podemos llegar trayendo a colación otro caso bastante llamativo. Una cofradía –la Real e Ilustre Cofradía de la Esclavitud de Nuestra Señora del Valle– suscribió, el 1 de agosto de 2011, un contrato de arrendamiento, como arrendadora, con Dña. Antonia –parte arrendataria– sobre un local de negocio (quiosco de bebidas y refrescos) anejo a la Ermita de Nuestra Señora del Valle, en Toledo. El contrato tenía un plazo inicial de 10 años, expirando el 31 de julio de 2021 –aunque se prorroga hasta el 31 de diciembre de 2021–. Llegada la fecha, la Cofradía comunicó a Dña. Antonia la expiración del contrato y le requirió el desalojo. Si bien, la parte arrendataria se opone al considerar que la cofradía no está legitimada para extinguir el contrato, pues el titular registral del local es la Iglesia Católica. No obstante, la Cofradía argumenta que su legitimación no deriva de la propiedad, sino de su condición de «arrendadora» que aparece reconocida en el contrato. Tras observar la postura de ambas partes, y acudiendo a la doctrina sobre el arrendamiento de cosa ajena, el juzgado no niega la legitimación de la parte arrendadora, señalando que no puede negarse «al suscribir el contrato y al desarrollar el objeto del mismo mediante el pago de rentas, que continúa hoy en día (aunque se devuelvan, como se ha acreditado documentalmente), cumpliendo la arrendadora con lo que era su obligación derivada del contrato; permitir el uso y aprovechamiento pacíficos del inmueble arrendado por la arrendataria»²⁸. El juzgado establece que la legitimación para exigir el cumplimiento o la resolución nace del contrato suscrito, no de la propiedad. Además, recuerda que la Cofradía cumplió su obligación principal, garantizando el uso pacífico del local a la inquilina, por lo que considera irrelevante (a efectos de ese contrato) que la propietaria registral del inmueble fuese otra entidad: la Iglesia Católica.

En función de lo planteado, el arrendamiento de cosa ajena sería viable en el ordenamiento jurídico español. Ser propietario o titular de un derecho de uso o disfrute no sería, en principio, una *conditio sine que non* para su validez contractual. No obstante, como negocio obligacional, resulta indispensable que el arrendador ostente la posesión y, además, pueda poner la cosa a disposición de la parte arrendataria. Por lo cual, sería posible que un ocupante sin título, según las circunstancias, pueda celebrar un contrato de arrendamiento de inmueble ajeno, pues en ese instante podría ceder su posesión inmediata a favor del arrendatario. A título ilustrativo, pensemos en una persona ocupante que lleva años habitando en el inmueble de una persona fallecida, sin que los herederos lo hayan reclamado; y, en un momento posterior, conservando la posesión, suscribe arrendamiento del bien con un tercero.

Finalmente, cabe adelantar lo siguiente: que sea válido no significa que sea eficaz frente a terceros y, menos aún, para el titular legítimo de la vivienda o inmueble. El contrato, en principio, no sería oponible al verdadero propietario.

3.2. Tesis para su nulidad

Todo contrato es nulo de pleno derecho y, en consecuencia, inexistente y no produce efecto alguno, cuando a) carece de alguno de los elementos esenciales que menciona el art. 1261 CC (consentimiento, objeto y causa), b) no se realiza en la forma determinada por la ley (forma *ad solemnitatem*), c) hay indeterminación absoluta o ilicitud del objeto (arts. 1273 y 1271 CC), d)

²⁸ SJPII Toledo, nº 3, de 17 de abril de 2024 (ECLI:ES:JPII:2024:145).

hay causa ilícita (art. 1275, 1305 y 1306 CC) o, bien, d) contraviene normas imperativas y prohibitivas (arts. 1.255 y 6.3 CC). En efecto, la nulidad opera *ipso iure*, sin necesidad de declaración judicial ni de previa impugnación del negocio. No obstante, si surge una apariencia de regularidad del contrato, y se sostiene su validez, será necesario defender su inexistencia en sede judicial. En tal caso, estaría legitimado cualquier interesado para ejercitar la acción de nulidad, haya sido o no parte en el contrato, incluso el causante de la nulidad, pudiendo declararse de oficio por el juez.

La cuestión es: ¿el arrendamiento de inmueble ajeno podría ser un negocio nulo de pleno derecho?

- *Falta de elementos esenciales.* Uno de los primeros motivos para determinar su inexistencia o ineficacia sería la carencia de alguno de los elementos esenciales del art. 1261 CC. Primeramente nos centraremos en el consentimiento. De considerarse que el arrendador debe tener capacidad legal para arrendar, implicando ello que debe ser propietario o tener título o derecho de uso o disfrute, se podría sostener la ausencia de consentimiento o capacidad suficiente. Aunque debemos recordar que el Código Civil no establece una «capacidad legal específica» para el arrendamiento –distinta a la capacidad general para contratar– y que tampoco regula expresamente que el arrendador deba ser propietario de la cosa arrendada, a esa conclusión han llegado ciertos tribunales:

«En primer lugar, debe partirse de que, como ya expresa el Magistrado de primer grado, para poder concertar un arrendamiento es menester ostentar sobre la cosa un derecho de disfrute -como ocurre en los casos del propietario y el usufructuario- y poderlo ceder parcialmente a terceros, de tal manera que cuando dicho negocio jurídico es realizado por sujeto carente de titularidad para ello, por no ostentar sobre la cosa ese derecho de disfrute al que antes se hacía referencia, ha de concluirse que el contrato es radicalmente nulo, como cabe extraer de la doctrina del Tribunal Supremo, expuesta, entre otras, en Sentencia de 28 de marzo de 1.990 (RJ19901737), en la que se viene a expresar que ante la falta de capacidad de contratar, hay que entender que falta el consentimiento de los arrendadores, con la consiguiente nulidad radical, añadiéndose en dicha Sentencia que ni siquiera la buena fe del arrendatario puede subsanar la falta de tal requisito» (SAP Murcia, Sección 5ª, de 30 de enero de 2004 [ECLI:ES:APMU:2004:242]).

En este mismo sentido, se manifiesta:

«[...] resultaría igualmente nulo y sin valor alguno, porque viene otorgado, como arrendadora, por quien no era en tal fecha la titular del inmueble que se dice arrendado, el cual, como acreditó documentalmente la actora, no fue adquirido en escritura pública sino con posterioridad a tal fecha por la Sra. María Luisa, por lo que, al tiempo que figura en el contrato de arrendamiento, no podía esta disponer del bien, que aun no era suyo, ni gravarlo o alquilarlo en forma alguna; por lo que, en cualquier caso, la pretensión contenida en el suplico de la demanda, de que “declare la nulidad del contrato de arrendamiento suscrito entre las codemandadas, de fecha 1 de abril de 1.982”, deberá prosperar [...]» (SAP Valencia, Sección 5ª, de 20 de julio de 1998 [ECLI:ES:APV:1998:5137]).

De hecho, al ser una cuestión judicial controvertida el arrendamiento de cosa ajena, se solicitó al Tribunal Supremo que se pronunciara por existencia de interés casacional sobre la materia. En el caso concreto se discutía un arrendamiento de plazas de garaje por una persona que no era propietaria de las mismas. La Audiencia Provincial había admitido la eficacia de dicho arrendamiento de inmuebles ajenos. Si bien, el Tribunal

Supremo consideró que la resolución recurrida no adolecía de incongruencia ni provocaba indefensión:

«También se alega la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales [...], las cuales señalan el incumplimiento del arrendador cuando se arrienda sin ostentar derecho posesorio alguno y no se respeta el goce pacífico del inquilino por privarle de parte del uso pactado. Argumenta la parte recurrente que los contratos de arrendamiento realizados por falsos arrendadores, como en el presente caso en el que el arrendador no tiene la propiedad ni ningún otro título sobre las plazas arrendadas, son nulos de pleno derecho, teniendo derecho el arrendatario a una indemnización de acuerdo al valor de la posesión parcialmente perdida, siendo de aplicación analógica la jurisprudencia de esta Sala sobre la venta de cosa ajena». [...] la sentencia de apelación deniega la petición de la parte actora en cuanto a las plazas de garaje dada la validez y eficacia de los arrendamientos de cosa ajena, cuestión esta última, la de los contratos de arrendamiento de cosa ajena, que no fue alegada por ninguna de las partes, basta examinar la demanda para concluir como uno de los pedimentos de la parte actora, hoy recurrente, pretendía la devolución de la cantidad correspondiente a las doce plazas de garaje que según el contrato se entregaban junto con el inmueble arrendado y que han resultado no estar en la propiedad o dominio de la arrendadora, petición que fue desestimada por la sentencia de apelación hoy recurrida por entender que el hecho de no ser propietario de las plazas de garaje no impide el arrendamiento de las mismas siempre que se garantice el uso de dichas plazas, siendo válido y eficaz el arrendamiento de cosa ajena. En consecuencia la sentencia recurrida se limitó a dar respuesta a la pretensión formulada en la demanda con lo que ninguna incongruencia o indefensión existe, limitándose a resolver conforme a las pretensiones alegadas por las partes, sin alterar en ningún momento la *causa petendi* del procedimiento, tal y como exige la jurisprudencia, centrándose en determinar si procede la devolución o no de las cantidades reclamadas en relación con las plazas de garaje que fueron arrendadas por quien no era propietario» (ATS 5040/2014, Civil, de 10 de junio de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:5040*]).

Otros tribunales han señalado que si falta el consentimiento del verdadero propietario, el contrato sería inexistente, pero que dicho consentimiento puede ser sanado o convalidado:

«Estamos por tanto ante un contrato con objeto y causa. Eso sí suscrito por quien se afirmaba “propietario (...)”, lo que no era; sí era arrendador, pero estaba arrendando algo ajeno, porque a esa fecha, 1 de febrero de 2015, quien era ya propietaria era la demandante. Es cierto que en ese momento no prestó consentimiento, por lo que se estaría ante un contrato “inexistente”, pero esta situación quedó modificada porque sabiendo lo ocurrido procedió a “confirmar” el contrato, por tanto consintiendo, de ahí, que permitiera la situación de ocupación. [...] En este caso consta acreditada la titularidad de la actora, y que la misma en todo momento ha dado validez a ese contrato, sanándolo» (SAP Madrid, Sección 21ª, de 1 de octubre de 2019 [ECLI:ES:APM:2019:11160]).

Se podría argumentar también la falta de objeto, al arrendarse un bien que no es propiedad del arrendador. No obstante, no es oportuno señalar que hay falta de objeto, pues el objeto realmente existe, ello con independencia de quien ostente la titularidad. Así lo ha venido afirmando de forma reiterada el Tribunal Supremo respecto a la venta de cosa ajena:

«La venta de cosa ajena es válida, en ningún caso se puede tildar de inexistente por falta de objeto; el objeto existe, es el piso; distinto es la falta de poder disposición (cuestión no atinente al derecho subjetivo, derecho de propiedad en este caso, sino al sujeto disponente) sobre el objeto, que da lugar a la ineficacia y puede dar lugar a la adquisición (entre otros medios, como la usucapción) a non domino [...]. Precisando más, la venta de cosa ajena será ineficaz frente al verdadero propietario que podrá ejercitar acción reclamando la declaración de su ineficacia o acción declarativa de dominio o

reivindicatoria sobre el objeto de aquélla. Pero entre las partes, vendedora y compradora, será eficaz» (STS 344/2008, Civil, de 5 de mayo de 2008 [ECLI:ES:TS:2008:2563])²⁹.

Dentro de este orden de ideas, en este apartado merece atención la posibilidad de que el arrendamiento de cosa ajena constituya un contrato simulado. Pongamos por caso que la persona ocupante de la vivienda celebra dicho contrato con la que sería parte arrendataria de la vivienda o inmueble, para crear ambos un «negocio jurídico» aparente ante los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, la autoridad judicial y el verdadero propietario (el tiene un fin de engaño a terceros). La simulación se produce cuando hay «divergencia deliberada entre la voluntad real de la persona y la voluntad manifestada, para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio jurídico que no existe». Tal simulación será absoluta ante la «apariencia de un negocio jurídico que realmente no se quiere celebrar»³⁰, pues no existe otro negocio bajo tal apariencia. Siendo así, el negocio jurídico podría declararse nulo de pleno derecho por ausencia de causa (arts. 1275 CC).

A modo de ilustración, podemos mencionar el caso de un padre, al que la propietaria de un edificio le otorga un poder de representación para la administración del inmueble. El padre, con base a tal poder, suscribe un contrato de arrendamiento con opción de compra del edificio con su hijo. La propietaria requirió la entrega del inmueble, pero el hijo se negó. En sede judicial se declaró la simulación del referido arrendamiento: «Cuando acontece que el contrato de arrendamiento simulado no oculta otro negocio distinto (simulación absoluta), sino simplemente ha pretendido la creación de un título para mantener la posesión del local, la consecuencia es la nulidad del contrato, y es así como se ha solicitado en la demanda, el desalojo del “presunto inquilino” del inmueble que ocupa al carecer de título que ampara la posesión»³¹. Hay que advertir que son frecuentes los «contratos de arrendamientos simulados» para eludir un desahucio o la adjudicación de la propiedad al verdadero propietario o a un tercero³². Como ejemplo bastante ilustrativo, se expone el siguiente caso:

Se trata de un procedimiento de desahucio por precario iniciado por la entidad DIVARIAN PROPIEDAD S.A. (posteriormente sustituida por el comprador del inmueble, D. Ovidio) contra D. Martín y los ignorados ocupantes de una vivienda en Barcelona. La empresa, propietaria del inmueble desde 2019, detectó el 20 de abril de 2022 —a través de la empresa de seguridad Securitas— que la alarma del piso había sido desactivada y que el inmueble se encontraba ocupado. Los ocupantes mostraron un contrato de arrendamiento firmado supuestamente ese mismo día. Ante ello, la empresa interpuso denuncia penal por usurpación contra D. Martín. Paralelamente, inició juicio verbal de desahucio por precario (art. 250.1.2 LEC). En su defensa, D. Martín alegó que, como arrendatario, ostentaba un contrato de arrendamiento válido, firmado el 20 de abril de 2022 con un tal D. Ildefonso, supuestamente en representación de la empresa. Además, manifestó que pagó por adelantado un año de renta (5.400 €). No obstante, el juzgado, al tomar en consideración diferentes factores (prueba del pago, fecha del contrato, etc.) concluyó lo siguiente: «En consecuencia, es posible alcanzar la conclusión probatoria de la simulación del contrato de arrendamiento aportado por la parte demandada, siendo radicalmente

²⁹ STS 353/2013, Civil, de 13 de mayo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:2617),

³⁰ Tales conceptos se encuentran disponibles en el Diccionario panhispánico del español jurídico: <https://dpej.rae.es/> (Fecha de consulta: 10/12/2025).

³¹ SAP A Coruña, Sección 5ª, de 21 de julio de 2022 (ECLI:ES:APC:2022:2122).

³² Véanse SAP Albacete, Sección 1ª, de 13 de noviembre de 2024 (ECLI:ES:APAB:2024:759), SAP Ciudad Real, Sección 1ª, de 21 de marzo de 2024 (ECLI:ES:APCR:2024:329), SAP Barcelona, Sección 13ª, de 7 de febrero de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:721), etc.

nulo e inexistente, por simulación absoluta, sin posibilidad de convalidación» (SAP Barcelona, Sección 13ª, de 2 de febrero de 2024 [ECLI:ES:APB:2024:606]).

Existencia de objeto y/o causa ilícitos: Se puede plantear si los contratos de arrendamiento de viviendas o inmuebles ajenos adolecen de nulidad absoluta por presentar un objeto y/o causa ilícitos. Para comenzar, respecto al objeto, en este tipo de arrendamientos no puede considerarse ilícito. Como señala el art. 1271 CC, «pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras». Ningún precepto prohíbe el arrendamiento de viviendas o inmuebles, incluso cuando el arrendador no sea propietario o disponga de título para ceder el uso o disfrute. Por consiguiente, el objeto sería lícito. Sería posible que el objeto fuera imposible. Así ocurriría si se arrienda un bien público –como una vivienda social–³³. Como dispone la jurisprudencia, los bienes de dominio público quedan fuera del tráfico jurídico privado.

El art. 1255 CC establece que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público». Seguidamente, el art. 1275 CC recuerda que la causa es ilícita «cuando se opone a las leyes o a la moral». De ser así, el contrato sería nulo de pleno derecho sin producir efecto alguno. Puede suceder que ciertos contratos de arrendamiento –sean o no de cosa ajena– tenga una finalidad o causa ilícita³⁴. En principio, el arrendamiento de cosa ajena es un negocio legal, pues no existe precepto alguno que lo prohíba en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, el contrato puede tener como finalidad o sustentarse en una actividad delictiva –así ocurriría cuando tal negocio busca cometer un delito de allanamiento, usurpación o de estafa inmobiliaria³⁵– o cuando busca perjudicar o burlar derechos de terceros (del dueño, adjudicatario de la vivienda, arrendatario, etc.)³⁶. En tales casos, en virtud del art. 1275

³³ «No se ha probado la existencia de contrato alguno entre los ocupantes de la vivienda con el titular del contrato Don Fidel, contrato que, de existir, sería absolutamente ineficaz conforme a lo dispuesto en el artículo 1275 del Código Civil, pues los contratos con causa ilícita, entendiendo por tales los contrarios a las leyes, no producen efecto alguno. Nos encontramos ante una vivienda de protección pública municipal, cuya adjudicación en arrendamiento se sujeta necesariamente a un procedimiento administrativo, que, por tanto, queda fuera del comercio pues no puede transmitirse inter-vivos por simple convenio entre particulares» (SAP Madrid, Sección 20ª, de 17 de mayo de 2010 [ECLI:ES:APM:2010:7547]).

³⁴ «[...] permite concluir que en efecto en el presente caso el contrato de subarriendo objeto de juicio adolece de la existencia de una verdadera causa ilícita por fraude en la celebración del mismo. El cual se celebró años después de que dejase de pagarse el préstamo hipotecario y una vez iniciado el proceso de ejecución hipotecaria, cuya meta última era el pago del crédito mediante la subasta de los bienes hipotecados y la entrega de los mismos a un tercero, de suerte que a los fines de defraudar esa meta última del proceso hipotecario se celebró el contrato objeto de juicio» (SAP Salamanca, Sección 1ª, de 21 de enero de 2019 [ECLI:ES:APSA:2019:12]).

³⁵ Nuestro Código Penal (art. 251) castiga con pena de prisión a aquel que «atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero» y a la persona que «otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado».

³⁶ «En suma, tampoco se acredita que arrendadora y arrendataria hubieran otorgado el contrato de arrendamiento con un dolo defraudatorio de impedir que una posible ejecutante y futura adjudicataria de la vivienda, así como los subsiguientes propietarios pudieran entrar de inmediato en la posesión de la misma, prolongando así su ilícita posesión, dado que no se ha probado que la vivienda haya sido adjudicada siquiera a entidad ejecutante alguna. Partiendo de las premisas referidas, una valoración conjunta de la prueba practicada lleva a la conclusión de que el contrato de arrendamiento de que se trata no es nulo de pleno derecho dado que no se ha probado que su firma responda única y exclusivamente al ánimo fraudulento de defraudar derechos

CC, el arrendamiento podría calificarse perfectamente como nulo de pleno derecho³⁷. Asimismo, su ineficacia podría ampararse en su contrariedad con la moral. Una persona que arrienda una cosa que no es suya, ¿tiene buena voluntad?, ¿tiene intención dirigida a lo bueno y justo?, ¿el arrendador actúa en la normal convivencia de las personas estimadas honestas? alguna resolución judicial reprueba que una persona arriende un bien sin facultad de disposición, considerando el arrendamiento de cosa ajena como un contrato con causa ilícita:

«Finalmente, de ser cierto que existiera ese contrato verbal del que se habla, sería nulo de pleno derecho por causa ilícita (1275 CC) pues nadie puede arrendar lo que no es suyo a no ser que esté facultado por el propietario para hacerlo 1259 CC, lo cual no es el caso» (SAP Lleida, Sección 2ª, de 17 de septiembre de 2020 [ECLI:ES:APL:2020:694]).

3.3. Tesis para su anulabilidad

Al igual que existen argumentos para defender la validez y nulidad contractual del arrendamiento de cosa ajena, según las circunstancias del caso concreto, podría también sostenerse su anulabilidad; en particular, por la existencia de vicios del consentimiento, como el error o el dolo (art. 1265 CC). En estos casos, habría que analizar la posición subjetiva de las partes:

- *Error en la persona*: Respecto a la compraventa de cosa ajena, se ha discutido de forma constante, por doctrina y jurisprudencia, la posibilidad de que el comprador pueda alegar la existencia de «error en la persona», al creer que estaba comprando la cosa a su verdadero propietario –o, dicho con otras palabras, creer cosa propia del vendedor la que era ajena– (error *in dominio*)³⁸. En su momento, el Tribunal Supremo llegó a admitir tal posibilidad (STS de 20 noviembre 1925 y de 8 marzo 1929). No obstante, la admisión de la validez de la venta de cosa ajena y su carácter obligacional (no existiendo una obligación de transmitir la propiedad, sino más bien de efectuar la entrega material de la cosa objeto de venta) fueron diluyendo de forma progresiva la posibilidad de alegar

dominicales de quien se pueda adjudicar en un futuro en su caso en propiedad la vivienda arrendada en un proceso de ejecución hipotecaria» (SAP Valencia, Sección 6ª, de 30 de junio de 2020 [ECLI:ES:APV:2020:2292]).

³⁷ «En definitiva, no resulta de recibo apoyar la existencia de una relación arrendaticia en el hecho de haberse prestado a una actuación supuestamente defraudatoria en la que resultaría tan implicado como la propia demandante y que determinaría, en cualquier caso, la ineficacia en origen del supuesto contrato por causa ilícita» (SAP Madrid, Sección 13ª, de 5 de diciembre de 2023 [ECLI:ES:APM:2023:20529]).

³⁸ Art. 1266 CC: «El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo».

tal vicio del consimientio³⁹. Aun así, en resoluciones recientes, el Tribunal Supremo no ha negado tal posibilidad:

«El Código Civil guarda silencio sobre ella, pero esta Sala ha negado reiteradamente la nulidad del contrato por el que el vendedor se obliga a transmitir una cosa que no le pertenece en el momento de celebrarlo [...]. Ello, que, claro está, no excluye la posibilidad de una anulación por vicio en el consentimiento (artículos 1.265 y 1.300 del Código Civil), es la consecuencia de que (1º) el Código Civil no admita la transmisión consensual del dominio por contrato [...]; (2º) la compraventa sea en nuestro sistema un negocio jurídico de obligación, en el sentido de producir, por sí sola e inmediatamente, el nacimiento de una relación obligatoria (artículos 1.445 y 1.450 del Código Civil) en la que el vendedor queda vinculado a entregar la cosa vendida (artículo 1.461 del Código Civil), y no un negocio de disposición, pues no produce por sí la adquisición del derecho por el comprador, efecto del que sólo es causa mediata; (3º) el acto por el que se realiza efectivamente la enajenación no sea el contrato, sino su ejecución *ex parte venditore*, esto es, el modo o traditio que, causada por el título (artículos 609 y 1.095), consiste en una investidura posesoria, que, no obstante, puede ser ficticia (artículos 1.462 a 1.464); (4º) la entrega tenga, consecuentemente, un doble significado, pues en el ámbito obligacional constituye un acto debido o de cumplimiento (artículos 1.156 y 1.160 del Código Civil) y, en el real, el modo complementario del título o contrato (artículos 609 y 1.095 del Código Civil); (5º) el vendedor deba ser titular del derecho transmitido no en el momento de perfeccionar la venta [...], sino en el de cumplimiento de la obligación de entregar, condición necesaria para un pago válido y liberatorio (artículo 1.160 del Código Civil) y para la adquisición por el comprador del derecho comprado (*nemo dat quod non habet*). [...] la venta de cosa ajena a que se refiere la demanda no era nula por falta de objeto [...]. Es claro, por otro lado, que la validez de un contrato de esta clase puede claudicar, como se ha dicho, mediante el ejercicio de los instrumentos previstos para los casos de vicios de la voluntad» (STS 962/2006, Civil, de 11 de octubre de 2006 [ECLI:ES:TS:2006:6598]).

Si se apreciara la concurrencia de un error sustancial o esencial y, además, excusable –esto es, no imputable al comprador y no susceptible de ser evitado mediante el empleo de una diligencia media, según las condiciones de las personas y las exigencias de la buena fe–, podría prosperar la acción de anulabilidad de la venta de cosa ajena. Para ejemplificar tal consideración, existe jurisprudencia reciente que admite tal hipótesis:

«Por lo demás, dado el carácter meramente consensual de la compraventa, que para el vendedor únicamente supone el deber de entrega del bien objeto de la venta, sin que el hecho de que la cosa no sea propiedad del vendedor impida el nacimiento de la obligación porque ello afecta a la consumación y, en su caso, podrá determinar la obligación de pagar daños y perjuicios, siendo, por lo tanto, admitida la validez y eficacia de la venta de cosa ajena, toda vez si el vendedor llega a hacerse dueño de la

³⁹ «Por ello creo que aunque pudiera en principio subsumirse la venta de cosa ajena en la figura del error, habida cuenta de la ampliación de la noción de error en nuestro ordenamiento en contraposición a la restringida propia del Derecho romano, no parece ésta la vía correcta, al menos desde un punto de vista técnico. Y ello por la configuración de la compraventa en nuestro Código Civil como negocio obligacional de la cual no es siquiera claro que se derive para el vendedor una obligación de transmitir la propiedad y, sobre todo, dada la presencia en nuestro Código Civil de la institución del saneamiento por evicción que actúa sobre la base de una venta de cosa ajena de la que constituye un efecto. [...] Por ello, aunque el comprador crea que en virtud del contrato adquirirá en firme y que compra para adquirir, este es un efecto que, aun no mediando error, la compraventa por sí misma no puede producir. Por tanto -insisto-, si la falta de poder de disposición no afecta a la validez del contrato de compraventa, a mi juicio, por razones que se derivan del sistema de transmisión de los derechos reales regulado en nuestro Código Civil, tampoco debe tener relevancia el error acerca de su existencia o no, y ello con independencia de que esta circunstancia haya movido al comprador a celebrar el contrato, lo cual se da en prácticamente todos los casos, pues, como ya he señalado, esta intención de transmitir del vendedor y de adquirir del comprador constituye la esencia del contrato de venta y de ahí su finalidad traslativa que, no obstante, no transforma la naturaleza de la compraventa en acto de disposición». CUENA CASAS, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º. 635, 1996, [VLEX-325909]. La autora considera que la admisión de la validez de la venta de cosa ajena nos obliga a poner la mirada en la fase de cumplimiento de la obligación por parte del vendedor (saneamiento por evicción, etc.).

misma, la venta más la tradición produce un efecto traslativo del dominio al comprador, mientras que si el vendedor no llega a hacerse dueño, la venta actúa como justo título, junto con otros requisitos, para la adquisición por usucapión ordinaria, ello, sin embargo, no excluye la posibilidad de la articulación del “error sobre la propiedad del vendedor” (*error in dominio*), como vicio del consentimiento, que permite la impugnación de la venta de cosa ajena. Y ello en razón a que los compradores-demandantes han contratado en la creencia de que la persona que les vende el futuro local comercial tiene el poder de disposición necesario para transmitirles la propiedad, actuando la ignorancia acerca de la ajenidad del bien como un error negocial para los compradores, pues se parte de la idea de que para ellos constituía una condición o presuposición básica del negocio el hecho de que se les transmitiera el derecho sobre la cosa vendida en el momento de la conclusión del contrato. Dando lugar más bien dicho error, consistente en suponer cosa propia del vendedor la que es ajena, a un vicio invalidante del consentimiento, por recaer sobre condiciones de la misma que principalmente han dado motivo a celebrar el contrato (art. 1266 CC), que hacen al mismo anulable (art. 1300 CC), y que determinan, al igual que en el caso de inexistencia o nulidad absoluta, los efectos a que hace referencia el art. 1303 CC» (SAP Pontevedra, Sección 1ª, de 26 de julio de 2006 [ECLI:ES:APPO:2006:2051]).

De la misma forma, en otra resolución se expone lo siguiente:

«Ahora bien, no siendo radicalmente nulo el contrato por ser una venta de cosa ajena se puede ejercitar respecto del mismo, al igual que respecto de cualquier otro contrato válido, la acción de anulabilidad por haber sido prestado el consentimiento viciado por error (artículo 1.265 y 1.266 del Código Civil). Y esta es la acción que correctamente se estima en la sentencia apelada (párrafos 5º, 6º, 7º y 8º del fundamento de derecho quinto de la sentencia dictada en primera instancia). Siendo el error la falsa representación mental de la realidad que vicia el proceso formativo de la voluntad interna y opera como presupuesto para la celebración del contrato de tal manera que de haberse conocido la realidad no se habría celebrado o se habría celebrado de otra manera. Es evidente que doña Coral creyó erróneamente que doña Carlota era la dueña y propietaria de la vivienda que compraba (también lo creía la administradora única de la sociedad que actuó como intermediaria en la venta), y, si hubiera sabido que no era la propietaria la que le estaba vendiendo la vivienda, doña Coral no habría celebrado el contrato de compraventa. Siendo un error esencial y excusable. Sin que se le pueda exigir, al comprador de una vivienda que no se dedica profesionalmente a esa actividad, que acuda al Registro de la Propiedad para comprobar a nombre de quién se encuentra la vivienda, máxime cuando actúa de intermediario una sociedad que se dedica de manera profesional a la actividad de intermediación en la compraventa de viviendas y en la que debe “presumirse” su profesionalidad» (SAP Madrid, Sección 21ª, de 5 de marzo de 2019 [ECLI:ES:APM:2019:3987]).

Aunque la doctrina señale que no es determinante para celebrar el contrato de compraventa que el vendedor sea o no propietario, sin afectar a la voluntad de contratar, siendo más bien un problema de cumplimiento o resolución del contrato, esta tesis otorga otra acción para proteger al comprador, sin que tenga que esperar a sufrir la evicción o pérdida de la cosa para emprender las acciones judiciales oportunas frente a la venta de cosa ajena.

Ante ello, podría defenderse la tesis de anulabilidad por error en el poder de disposición del arrendador cuando nos encontramos ante un arrendamiento de cosa ajena. El arrendatario, al celebrar dicho contrato, podría haberlo suscrito en la creencia de que el arrendador ostentaba un poder de disposición sobre la vivienda o inmueble objeto de alquiler. Ahora bien, habría que probar que dicho error fue esencial, sustancial y excusable.

- *Dolo*. De no prosperar el argumento del error en la persona, la anulabilidad podría subsistir por existencia de dolo. Resulta posible que el arrendatario haya suscrito el contrato por engaño o mala fe de la parte arrendadora. De hecho, parece más viable la

anulabilidad del dolo, pues como afirma LACRUZ BERDEJO –aunque tratando la venta de cosa ajena–, «engaño hay casi siempre que el vendedor, conociendo que vende cosa de otro, no lo advierta al comprador, como parece normal en una atmósfera de lealtad y buena fe que debe presidir la contratación»⁴⁰. En relación con este tema, pongamos por caso que una «mafia okupa» se hace pasar por una aparente inmobiliaria, con precios de alquiler atractivos, atrayendo a personas con necesidad habitacional⁴¹ y que, posteriormente, arriendan inmuebles ocupados sin conocimiento de la parte arrendataria. Luego, tras recibir el importe inicial (renta y fianza), desaparecen. En efecto, podría alegarse la existencia de dolo (engaño o mala fe), que de no haber concurrido, hubiera hecho que la parte arrendataria no hubiera firmado el contrato. Por consiguiente, si concurren los requisitos necesarios, previstos en los arts. 1269 y 1270 CC (conducta insidiosa que provoque la declaración negocial, que la voluntad negociadora quede viciada en su libertad y conocimiento por tal conducta, que ello determine la actuación negocial, que sea grave y que no se haya causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes), existiría dolo y la parte arrendataria podría ejercitar la acción de anulabilidad. Como puede inferirse, si ambas partes eran conocedoras de la ajeneidad de la vivienda arrendada, no existiría dolo en el ámbito contractual. De hecho, en muchos casos entraríamos en el ámbito penal, ante la posible concurrencia de un delito de estafa⁴².

En definitiva, como expresa SERRA RODRÍGUEZ, «la doctrina se muestra favorable a la validez del arrendamiento de cosas ajenas [...]. Tan solo si medió engaño o dolo del arrendador de cosa ajena, podría el arrendatario ejercer acción de anulabilidad del contrato»⁴³.

⁴⁰ Véase LACRUZ BERDEJO, *Elementos del derecho civil. II*, p. 16.

⁴¹ Aunque no se trata de un arrendamiento de cosa ajena, porque no hubo ocupación previa del inmueble, merece destacar un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre un delito de estafa agravada cometido por personas que publicaban ofertas de alquiler en Internet y que desaparecían tras recibir un adelanto de los importes económicos del arrendamiento (como la fianza): «No, por menos, puede predicarse de la conducta de la recurrente que ha participado en la estafa dirigida al aprovechamiento de la necesidad de vivienda que tienen los ciudadanos de alquilar inmuebles en un contexto de elevación de precios en el mercado de alquiler, por lo que es reprochable desde el punto de vista penal la realización de ofertas en internet anunciando inmuebles en alquiler, cuando la realidad es que ese inmueble no lo tiene en alquiler la persona que lo ofrece por internet, ni tiene disponibilidad sobre el mismo, por lo que ese aprovechamiento en un contexto de necesidad de acceso a la vivienda integra una estafa agravada, y, como decimos, reprochable por el aprovechamiento que existe en quienes así actúan por medio de internet, u otros foros, de oferta de pisos en alquiler para conseguir un enriquecimiento patrimonial y un perjuicio a personas que demandan un inmueble en alquiler a un precio asequible» (STS 624/2024, Penal, de 19 de junio de 2024 [ECLI:ES:TS:2024:3347]).

⁴² «[...] en el escrito de alegaciones realizado por ellos en el expediente derecuperación de la vivienda iniciado por la Agencia de la Vivienda Social refieren que no tienen medios para alquilar porque los sueldos son bajos y piden muchos requisitos. Por tanto, se deduce que los denunciados, si pagaron algo no fue mediante engaño, sino para poder acceder a una vivienda que sabían que iban a ocupar de forma ilegal. Por tanto, no son víctimas de una supuesta estafa como pretenden hacer valer las defensas, sino autores del delito de usurpación porque pagaron para obtener las llaves de una vivienda, conociendo el origen de las llaves y del piso cuando accedieron al mismo, y por tanto antes de que la Policía les comunicara oficialmente que la vivienda era de la Agencia de la Vivienda Social. De lo contrario, habrían tratado de localizar y presentar a Juicio a la persona que les entregó las llaves a cambio de 1.200 euros, o al menos hubieran formulado denuncia contra la misma en caso de ser cierto, como indican de haber sido víctimas de estafa» (SAP Madrid, Sección 30ª, de 27 de junio de 2024 [ECLI:ES:APM:2024:10833]). Como ejemplo, puede verse también la SAP Melilla, Sección 7ª, de 5 de mayo de 2022 (ECLI:ES:APML:2022:83).

⁴³ SERRA RODRÍGUEZ, *Código Civil Comentado*, [BIB\2016\4578].

4. Tutela jurídica de las partes afectadas en supuestos de arrendamiento de vivienda ajena

De realizarse un arrendamiento de vivienda o inmueble ajeno por sujetos sin título, una vez admitida su posible validez contractual –así como la viabilidad de su ineficacia, según las circunstancias–, resulta oportuno examinar la posición, estrategias y acciones que pueden adoptar las partes afectadas; por un lado, el verdadero propietario o titular del derecho de uso y disfrute del bien inmueble (desposeído del inmueble) y, por otro, el arrendatario, si actuó con buena fe, al desconocer que contrataba con un «falso arrendador». Piénsese que el arrendamiento ya se ha realizado, una persona habita la vivienda o inmueble como «arrendatario» y, seguidamente, el propietario –o el titular de un derecho de uso y disfrute–, de forma personal o por terceros (como los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado) descubre que ha sido desposeído de la vivienda y que la persona ocupante presenta un contrato de alquiler. Dicho contrato puede tener una firma falsificada del verdadero propietario, haber sido firmado por una persona no autorizada en su nombre o, bien, por un tercero desconocido –falso o no–. A partir de este momento las partes afectadas comienzan una ardua y laberíntica «lucha jurídica».

4.1. Acciones y estrategias del propietario –o del titular de un derecho de uso y disfrute– (desposeído)

Nuestro Derecho, atendiendo a las circunstancias de cada caso, ofrece distintas acciones o vías procesales para que el propietario o el titular de un derecho de uso y disfrute pueda recuperar la propiedad y/o posesión del bien inmueble. De hecho, el contrato de arrendamiento solamente produciría efectos entre el «arrendador sin título» y el arrendatario, no vinculando al verdadero titular o poseedor (art. 1257 CC). Salvo excepciones, que se examinarán más adelante, el arrendamiento de inmueble ajeno no sería oponible a éste último⁴⁴. Dicho lo anterior, repárese que, estando ante un arrendamiento de vivienda o inmueble ajeno, el «ocupante» sería el «arrendatario». Sea como sea, puede acudir tanto a la vía civil como a la penal para expulsarlo de la vivienda o inmueble.

a. Acción de desahucio por precario

La acción de desahucio por precario, recogida en el art. 250.1.2º LEC, es una acción que busca «la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca». Es decir, permite que la persona con derecho a poseer pueda recuperar un bien inmueble cedido a un precarista.

La principal cuestión a resolver es si un okupa puede incluirse dentro del concepto de «precario». Este tema ha generado numerosas interpretaciones, una restrictiva, que excluye al ocupa del concepto de precarista –puesto que tal persona no tiene un uso tolerado o relación previa con el titular con derecho legítimo a poseer, no se ha producido una cesión gratuita por parte del propietario–; y otra, amplia, que lo incluye, por lo que aglutina la posesión concedida, tolerada y la posesión sin título (como la ocupación ilegal). En virtud de la primera corriente,

⁴⁴ «La Sala comparte los razonamientos de la Sentencia apelada y desestima el recurso, ya que los demandados no han acreditado ningún título de posesión eficaz y ese arrendamiento sobre cosa ajena no le es oponible al propietario» (SAP Las Palmas, Sección 4ª, de 15 de septiembre de 2023 [ECLI:ES:APGC:2023:1687]).

esta acción estaría excluida para la ocupación ilegal de viviendas. Si bien, bajo el paraguas de la segunda, sería un supuesto incluido. Ante tal debate, lo cierto es que la jurisprudencia mayoritaria, incluido el Tribunal Supremo⁴⁵, defiende una interpretación amplia, por lo que permite incorporar a la persona okupa⁴⁶. En concordancia, se podría incluir al “arrendatario-ocupante”.

La acción descrita presenta ciertas ventajas. Como indica ARNAU MOYA, primeramente es un juicio simple, pero también plenario, siendo posible discutir cuestiones complejas –como la validez del título que oponga el ocupante de la vivienda o inmueble⁴⁷–, impidiendo tácticas para dilatar el procedimiento. En segundo lugar, la sentencia tiene efecto de cosa juzgada, poniendo fin al asunto de forma definitiva –situación que no ocurre con las acciones que se analizarán posteriormente (apartados 4º y 7º del art. 250.1 LEC)–. En tercer lugar, no está sometido al plazo de un año, como los juicios posesorios. Y, finalmente, dicho procedimiento puede utilizarse con toda clase de inmuebles, estando legitimados para su interposición todas las personas, físicas y jurídicas⁴⁸. No obstante, también resulta interesante observar que la jurisprudencia admite que dicha acción se dirija frente a los «ignorados ocupantes», de no ser posible su identificación⁴⁹.

Antes de continuar, pueden exponerse distintos casos judiciales. Para comenzar, destaca la acción de desahucio por precario (art. 250.1.2º LEC) interpuesta por el Banco Santander frente a Dª Julia. La parte demandada alegó, frente a demanda, la existencia de un contrato verbal de arrendamiento. Como dispuso el Tribunal, «en el campo de este procedimiento podrán analizarse las distintas relaciones jurídicas que quieran alegarse como justificación de la posesión que se ostenta, aunque eso sí limitadas al ámbito posesorio de cuya recuperación se trata. Los derechos definitivos que sobre las cosas o los derechos pretendan ser titulares las partes habrán de dilucidarse en otro proceso declarativo que tenga por objeto, no la posesión, sino la legitimidad de tales derechos». Entrando en el fondo del asunto, no admitió la causa formulada por la ocupante: «no podemos estimar el recurso formulado [...]. Manifiesta que viene ocupando la vivienda de litis en virtud de un contrato verbal de arrendamiento por el que paga 100 al mes. Sin embargo, no ha acreditado la existencia y realidad del referido contrato, ni ha identificado siquiera a la persona con quien lo concertó, limitándose a decir que se trata de “un hombre conocido por la zona por alquilar viviendas a bajo precio”. Pero, lo que es más importante, no ha probado el pago de la renta mensual que, según indica, se estipuló como contraprestación de la cesión. De otro lado, las supuestas mejoras que alega haber efectuado en el inmueble no modifican su situación de poseedor en precario, además de que lo único que se ha aportado es un certificado del instalador de que la instalación eléctrica cumple la normativa vigente» (SAP de Granada, nº 86, de 23 de marzo de 2018, [ECLI:ES:APGR:2018:348]).

Sobre este mismo asunto, la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB) presentó una demanda de desahucio por precario y acreditó ser la dueña de la vivienda mediante una escritura pública de transmisión de activos otorgada el 26 de mayo de 2014, la

⁴⁵ Admite la «la posesión gratuita sin título y sin la voluntad del propietario» (ATS, Civil, de 25 de mayo de 2022, [ECLI:ES:TS:2022:15056A]).

⁴⁶ Sobre esta problemática, véase JIMÉNEZ LÓPEZ, *El ordenamiento jurídico español ante la ocupación ilícita de inmuebles. Derechos comprometidos y tutela procesal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 118 ss.

⁴⁷ «En la práctica, este cauce se combina con una reclamación de rentas de mercado desde el requerimiento: los tribunales las otorgan como indemnización por ocupación injusta, reforzando la presión económica para el desalojo». REMÓN PÉREZ, «La tutela posesoria civil frente a la ocupación ilegal. Interdictos, desahucios y acciones sumarias tras la Ley 5/2018 y la Ley 12/2023 de Vivienda», *Diario La Ley*, nº 10752, [LA LEY 8585/2025].

⁴⁸ ARNAU MOYA, «Procedimientos civiles para recuperar la posesión de inmuebles ocupados», *Revista Boliviana de Derecho*, nº 32, 2021, pp. 324 ss.

⁴⁹ En este sentido, puede mencionarse la SAP de Barcelona, nº 742, de 19 de diciembre de 2023, [ECLI:ES:APB:2023:14216].

cual fue debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad. La demanda se interpuso en mayo de 2019 para recuperar la posesión frente a ignorados ocupantes. La ocupante y demandada, Dña. Frida, se opuso al desahucio alegando que residía en la vivienda con sus dos hijas menores desde el año 2013. Para justificar su estancia, aportó un contrato privado de arrendamiento, firmado el 1 de enero de 2013 (anterior a que la SAREB adquiriera la finca), en el que aparecía una arrendadora (llamada Dña. Flora) y con una renta pactada de 400 euros mensuales por un periodo de 5 años. No obstante, el tribunal desestimó la validez de este título para frenar el desahucio basándose en hechos objetivos: primeramente, se desconocía qué relación tenía la parte arrendadora con el inmueble –no había constancia de que fuera la propietaria ni de que tuviera facultades para ceder el uso de la vivienda en 2013–; en segundo lugar, la demandada no aportó ni un solo justificante, recibo o transferencia que acreditara el pago de la renta estipulada; y, por último, no se llamó a declarar como testigo a la supuesta arrendadora para confirmar la veracidad de la relación contractual, por lo que no se ratificó el contrato de arrendamiento (SAP de Madrid, Sección 21ª, de 25 de febrero de 2021, [ECLI:ES:APM:2021:2775])⁵⁰.

b. Acción de tutela sumaria de la posesión. Especial referencia al «desahucio exprés»

Dentro del apartado cuatro del art. 250.1 LEC podemos distinguir una acción general –para recobrar la posesión de una cosa o derecho– y una acción específica –dirigida a recuperar la posesión de una vivienda o parte de ella– (la acción relativa al denominado «desahucio exprés»).

La acción general o el interdicto de recobrar la posesión se sustenta en lo dispuesto en el art. 446 CC⁵¹ y, como indica tal precepto, busca la defensa de la posesión, no de la propiedad. Por consiguiente, el demandante únicamente debe probar que ostenta *ius possessionis* (una posesión de hecho⁵²) –no podría ejercitarse por aquellos que disponen de título, pero no pueden probar su posesión–. No es necesario, pues, aportar título alguno sobre el bien inmueble. Además, la parte actora debe probar que ha sido despojada de la posesión por actos clandestinos o desconocidos –algunos tribunales exigen que haya un *animus spoliandi* (intención dolosa de despojar al actor de la posesión)⁵³–. Desde que la persona se ha visto despojada o perturbada de su posesión, dispone de un plazo de un año para poder interponer la acción descrita (art. 439.1 CC)⁵⁴. Tal acción se desarrolla dentro de un proceso sumario, más

⁵⁰ «Por lo que se refiere al título de la demandada, ésta sostiene que la existencia del contrato de arrendamiento ha quedado acreditada por el empadronamiento y la contratación de los servicios de agua. Sin embargo, ello no es así. Por lo pronto, cabe señalar que la demandada no ha aportado el contrato de arrendamiento que afirma haber suscrito con el anterior propietario, a quien, por cierto, no identifica. A este respecto conviene recordar que constituye jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, recogida, por ejemplo, en su Sentencia de 29 de junio de 2012, la que establece que "la posesión de un bien inmueble a título de arrendamiento exige la prueba por el poseedor de que exista una renta como precio del arriendo, sin que el mismo pueda quedar justificado por la mera acreditación de que se han producido algunos pagos, cuando se ignora la finalidad y periodicidad de los mismos". En el presente caso, no hay prueba alguna del pago de la renta, circunstancia a la que la demandada no hace ninguna mención en ningún momento. Por lo demás, debemos advertir que el volante de empadronamiento y el contrato y facturas del suministro de agua son documentos que sirven para acreditar la ocupación de la vivienda, pero no el título» (SAP Barcelona, Sección 17ª, de 5 de mayo de 2023, [ECLI:ES:APB:2023:5338]).

⁵¹ «Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituído en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen».

⁵² «[...] basta acreditar de manera verosímil la posesión previa (facturas de suministros, acta notarial, testificales, recibos de IBI, etc.) y describir el acto violento o clandestino que la quebrantó». REMÓN PÉREZ, *Diario La Ley*, nº 10752, [LA LEY 8585/2025].

⁵³ ARNAU MOYA, *Revista Boliviana de Derecho*, nº 32, 2021, p. 339.

⁵⁴ «El plazo anual de caducidad obliga a actuar con diligencia: transcurrido dicho término, la acción adecuada será la declarativa ordinaria o el desahucio por precario. Conviene, por tanto, interpelar de forma fehaciente al intruso tan pronto se detecte la ocupación». REMÓN PÉREZ, *Diario La Ley*, nº 10752, [LA LEY 8585/2025].

rápido en comparación con el ordinario. Serviría, por ejemplo, para recuperar la posesión de un local comercial ocupado –con posesión previa– o, bien, para proteger el derecho de posesión de un okupa frente a otro okupa. No obstante, no es adecuada para titulares de derechos reales sin posesión anterior. Pongamos, a modo de ejemplo, una persona que adquiere un bien inmueble con posterioridad a la posesión de hecho del ocupante–.

Cabe decir que en estos procesos se resuelve la cuestión de la posesión, no la nulidad de posibles contratos. Por esta razón, de existir un arrendamiento de vivienda ajena, el tribunal no entraría a examinar su nulidad contractual. En referencia a lo anterior, cabe citar la SJPI nº 2 de Alicante, de 2 de junio de 2014, [ECLI:ES:APA:2014:1710]:

«[...] en ningún caso se pueden admitir las alegaciones que realiza el recurrente sobre el carácter fraudulento del contrato al ser el juicio posesorio, un juicio sumario, en el que únicamente se deben resolver las pretensiones relativas al hecho de la posesión, por lo que las alegaciones sobre la posible nulidad del contrato se deberán ventilar en el juicio declarativo que por su cuantía corresponda».

Teniendo en consideración tal limitación, se evidencia que tal acción presenta otras desventajas, como la necesidad de acreditar la posesión anterior, la brevedad del plazo de la acción o la imposibilidad de ejercitarla por personas que han sufrido la ocupación de su inmueble antes de poseerlo materialmente⁵⁵.

Respecto a la acción de «*desahucio exprés*», merece una mayor atención, por el tema que nos ocupa.

Dicha acción se introdujo en la LEC a través de una reforma de 2018⁵⁶ –la llamada «ley anti-okupas»– a fin de mejorar el procedimiento existente ante la ocupación ilegal de viviendas. De hecho, cierta doctrina considera que nos encontramos ante un juicio posesorio distinto al interdicto de recobrar la posesión (un interdicto exprés⁵⁷) o, más bien, ante una nueva variante de juicio de desahucio⁵⁸. Sea cual sea su clasificación, y la necesidad de haber incorporado tal acción en un apartado diferente, lo cierto es que dicho juicio verbal sumario presenta características que son de especial interés.

Para empezar, tal acción está pensada para recuperar la posesión de viviendas en caso de ocupación –ya sean vivienda habitual, segunda residencia, viviendas vacías, etc.–. De modo que queda excluida la ocupación de otros bienes inmuebles (locales comerciales, naves industriales, etc.). Además, hay que advertir que tal acción se reserva a personas físicas que sean propietarias o poseedoras legítimas por otro título, a las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y a las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social (art. 250.1.4º LEC). Por tanto, se exige el *ius possidendi*. Observando lo anterior, se excluyen personas jurídicas privadas con ánimo de lucro (entidades financieras, empresas inmobiliarias, etc.). En cuanto al plazo de ejercicio, cierta doctrina considera que debe aplicarse el plazo de la

⁵⁵ Véase ARNAU MOYA, *Revista Boliviana de Derecho*, nº 32, 2021, pp. 339 ss.

⁵⁶ Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas.

⁵⁷ ARNAU MOYA, *Revista Boliviana de Derecho*, nº 32, 2021, p. 341.

⁵⁸ JIMÉNEZ LÓPEZ, *El ordenamiento jurídico español ante la ocupación ilícita de inmuebles. Derechos comprometidos y tutela procesal*, p. 90.

acción reivindicatoria (treinta años para bienes inmuebles)⁵⁹, al no estar ante un juicio posesorio, mientras que otra defiende el plazo de un año previsto para la recuperación de la posesión⁶⁰. No obstante, se trata de una acción diseñada para «la inmediata recuperación» de la plena posesión de una vivienda o parte de ella tras una ocupación ilegal. Por ello, lo habitual es que se ejercite pasada una o ciertas semanas desde que tuvo lugar el acto de ocupación.

Como se indicó, la parte actora debe presentar en la demanda un título que letigime su derecho de posesión. Dicha demanda se puede dirigir contra los ocupantes de la vivienda a pesar de desconocerse su identidad (art. 437.3 bis LEC) y, además, puede incluir, como medida cautelar anticipatoria, una petición de su desalojo inmediato –conocido como «incidente de recobro inmediato de la posesión» (art. 441.1 bis LEC)–.

He aquí el punto de mayor interés de dicha acción. De solicitarse tal medida, los ocupantes dispondrían de un plazo de cinco días desde la notificación de la demanda para aportar un título que justifique su situación posesoria. De no aportarlo, el tribunal ordenaría la inmediata entrega de la posesión de la vivienda a la parte demandante⁶¹, siempre que el título que se hubiere acompañado a la demanda fuere bastante para la acreditación de su derecho a poseer. Sin embargo, el ocupante puede oponerse por la «existencia de título suficiente frente al actor para poseer la vivienda o en la falta de título por parte del actor» (art. 444.1.bis LEC). Como señala ARNAU MOYA, ello significa que «este procedimiento carecerá de efectividad en aquellos casos en los que el demandado sí que tenga un título que ampare su situación posesoria respecto del inmueble, como puede ser un contrato de arrendamiento, usufructo, comodato, precario»⁶². Y aquí viene el problema, pues algunos ocupantes pueden presentar un contrato de arrendamiento –falso, simulado o real–. En tal caso, como señala JIMÉNEZ LÓPEZ, en este incidente el juez debe hacer exclusivamente una valoración acerca de la apariencia de buen derecho del demandado –por lo que sería el trámite de mayor relevancia–. En otras palabras, debe valorar si el título del ocupante rompe, a priori, la suficiencia de título presentado por la parte demandante. Ahora bien, repárese en que la valoración sobre qué título otorga un mejor derecho a poseer constituye un asunto a determinar en el objeto del proceso principal⁶³. Ante

⁵⁹ JIMÉNEZ LÓPEZ, *El ordenamiento jurídico español ante la ocupación ilícita de inmuebles. Derechos comprometidos y tutela procesal*, p. 96.

⁶⁰ BARJA DE QUIROGA (coord.), *Okupación ilegal de viviendas. Paso a Paso. Análisis detallado de la okupación ilegal de viviendas y los procedimientos para recuperar la posesión*, Colex, A Coruña, 2023, p. 133.

⁶¹ «El éxito de este nuevo procedimiento radica en que se traslada a un incidente, en el inicio del proceso, el momento en el que el Juez tiene que determinar si los okupas tienen título suficiente para continuar ocupando la vivienda (art. 441.1 bis II). En el caso de no se presente título alguno, o que el presentado sea de peor condición que el que ha acompañado el demandante, el juez decretará la entrega inmediata de la posesión de la vivienda al actor, que no hay que olvidar que es la pretensión principal de la demanda que ahora se anticipa con la nueva regulación. Esta decisión judicial no admite recurso alguno y en consecuencia se produce el inmediato lanzamiento de los ocupantes que se encuentren en ese momento en la vivienda. Una vez producido el desalojo se continuará la tramitación del procedimiento hasta que se dicte sentencia, pero con la ventaja de que el actor ya ha recuperado la posesión de la vivienda». ARNAU MOYA, *Revista Boliviana de Derecho*, n° 32, 2021, p. 348. Existe cierta controversia en cuanto a la aplicación del art. 704 LEC, que establece un plazo de un mes (o dos meses) para el desalojo de okupas si el inmueble fuera su vivienda habitual. JIMÉNEZ LÓPEZ, *El ordenamiento jurídico español ante la ocupación ilícita de inmuebles. Derechos comprometidos y tutela procesal*, p. 102; BARJA DE QUIROGA (coord.), *Okupación ilegal de viviendas. Paso a Paso. Análisis detallado de la okupación ilegal de viviendas y los procedimientos para recuperar la posesión*, p. 126.

⁶² ARNAU MOYA, *Revista Boliviana de Derecho*, n° 32, 2021, p. 350.

⁶³ JIMÉNEZ LÓPEZ, *El ordenamiento jurídico español ante la ocupación ilícita de inmuebles. Derechos comprometidos y tutela procesal*, p. 100.

esta situación, los ocupantes alegarán la existencia de contratos –verbales, ficticios o fraudulentos– para dilatar el juicio.

Sobre tal problemática, se señala:

«Pero esta posibilidad puede ser enervada por el ocupante ilegal si aporta un título para justificar su posesión, sin que el órgano judicial pueda entrar a analizar en profundidad si el título aportado por el demandado es válido o no. Esto último ha sido determinante para que naufrague la reforma que significó la Ley de 2018. Los ocupantes sin título falsifican un contrato de arrendamiento y lo presentan al órgano judicial. Ante la posibilidad de que el contrato sea auténtico, el órgano judicial se abstiene de devolver la posesión al propietario titular registral. La recuperación de la posesión queda pospuesta hasta el final del procedimiento»⁶⁴.

Como solución, CUENA CASAS propone convertir el contrato de arrendamiento en un contrato formal:

«Para evitar que el ocupante ilegal burle la medida cautelar de desalojo falsificando contratos de arrendamiento, sería razonable modificar la libertad de forma del contrato de arrendamiento contemplada en el art. 37 de la Ley de Arrendamientos urbanos. No debe valer un simple documento privado, o incluso un acuerdo verbal si las partes no se compelen a la forma escrita. El contrato de arrendamiento debe convertirse en un contrato formal. Bastaría una «formalidad administrativa»: contrato celebrado por escrito sellado y depositado en la comunidad autónoma en la que esté situado el inmueble (Consejería de vivienda correspondiente). Podría, así, crearse un registro administrativo de contratos de arrendamiento de fincas urbanas en la Agencia de vivienda social, que es la que actualmente está gestionando las fianzas arrendaticias en la Comunidad de Madrid o en el organismo equivalente de otras comunidades autónomas (v. gr., la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía). Aunque mi propuesta tiene la ventaja del ahorro de costes, entiendo que en el contexto actual sería razonable establecer la necesidad de formalización del contrato en escritura pública cuyos costes debería abonar el arrendador»⁶⁵.

Antes de dar por finalizado este apartado, hay que destacar que el auto que se dicte respecto al incidente tiene eficacia, no solamente frente a las personas demandadas, sino también frente a terceros ocupantes. Quiere ello decir que «se llevará a efecto contra cualquiera de los ocupantes que se encontraren en ese momento en la vivienda» (art. 441.1.bis LEC). Sin embargo, al igual que el interdicto de recobrar la posesión, la resolución no tiene eficacia de cosa juzgada (art. 447.2 LEC).

c. Acción para la efectividad de derechos reales inscritos

El ordenamiento jurídico, con base al art. 41 LH y al art. 250.1.7º LEC, concede a los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad (ej. titulares del derecho a la propiedad, de usufructo, de superficie, etc.) la opción de hacer valer su derecho a través de un juicio verbal sumario, frente a aquellas personas que se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación (ej. el okupa de un bien inmueble).

⁶⁴ TENORIO SÁNCHEZ, CABALLERO TRENADO, «Una inaplazable respuesta integral a la ocupación ilegal», *Actualidad Civil*, nº 6, 2024, [LA LEY 21227/2024].

⁶⁵ CUENA CASAS, «La defensa de la propiedad frente a la ocupación ilegítima de la vivienda», en *Vivienda y Derecho civil. Perspectivas actuales del derecho a la vivienda: XXIII Jornadas de la Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil (Burgos 2025)*, Atelier, Barcelona, 2025, p. 110.

Esta acción es atractiva para sujetos que no ostentan la posesión del bien inmueble (pero son titulares de un derecho real sobre el mismo) –no siendo necesario disponer de justo título que de derecho a poseer–, y que no pueden utilizar otras acciones, por falta de legitimación; o, bien, por tener que recuperar inmuebles que no ostentan la condición de vivienda (siendo el ámbito objetivo más amplio). Como puede inferirse, resulta interesante para entidades financieras u otras personas jurídicas ante la imposibilidad de ejercitar otras acciones, como la de desahucio exprés.

Al presentar la demanda, la parte actora debe a) aportar certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite expresamente la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento que le legitima –debe ser un derecho vigente– (no basta aportar una nota simple); b) expresar las medidas que se consideren necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia que recayere (requerimiento de desalojo, medidas para evitar daños en el inmueble, prohibición de realizar actos de disposición, etc.) y c) señalar la caución, salvo renuncia, que ha de prestar el demandado para responder de los frutos que haya percibido indebidamente, de los daños y perjuicios que hubiere irrogado y de las costas del juicio (art. 439.2 LEC). Presentada la demanda e iniciado el procedimiento, el demandado tiene una doble carga procesal si desea evitar el desalojo del inmueble: por un parte, debe comparecer en el acto y, por otra, debe prestar caución. Lo llamativo, como ventaja exclusiva de tal acción, es que si el ocupante no presta caución, el tribunal dictará sentencia acordando la entrega del bien inmueble a favor del demandante⁶⁶.

Como contrapartida, hay que advertir que el demandado tiene la posibilidad de alegar unas causas de oposición, aunque sean limitadas⁶⁷ (444.3 LEC) y, una de ellas, es poseer o disfrutar de la finca por contrato u otra relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores. Aquí aparece la posible alegación de un contrato de arrendamiento –falso o no– y, con ello, la posibilidad de que el juez lo considere un título aparente o suficiente. Sobre este punto, merecen ser resaltadas distintas resoluciones judiciales:

Primeramente, cabe destacar un caso en el que la entidad demandante (SAREB), como titular de un derecho de propiedad inscrito en el Registro de la Propiedad, interpone una demanda para la efectividad de su derecho real al amparo del Artículo 250.1.7º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra los «ignorados ocupantes» del inmueble. Los ocupantes se oponen a la demanda alegando la existencia de un contrato verbal de arrendamiento. Si bien, el juez no estima tal causa de oposición: «lo único que se opone es la existencia de un arrendamiento verbal, alegación rodeada del más absoluto vacío probatorio, ni se intenta identificar al arrendador sin aportarse datos sobre el mismo para llamarlo como testigo, ni consta el pago de renta alguna o de la fianza; en todo caso, no podría perjudicar al titular inscrito» (SAP de Barcelona, Sección 13ª, de 20 de septiembre de 2019, [ECLI:ES:APB:2019:11204]).

⁶⁶ La resolución no tiene eficacia de cosa juzgada (art. 447.3 LEC).

⁶⁷ «En los casos del numeral 7.º del apartado 1 del artículo 250, la oposición del demandado únicamente podrá fundarse en alguna de las causas siguientes: 1.º Falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas, que desvirtúen la acción ejercitada. 2.º Poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito. 3.º Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del demandado y así lo justifique presentando certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de la vigencia de la inscripción. 4.º No ser la finca inscrita la que efectivamente posea el demandado».

También cabe mencionar la acción registral presentada por el BBVA frente a una señora que se encontraba en un bien inmueble que el banco había adquirido mediante una dación en pago el 30 de diciembre de 2014. La demandada se opuso alegando la existencia de un contrato de arrendamiento, suscrito el 1 de febrero de 2015. No obstante, el tribunal desestimó al haber constatado «que la adquisición fue anterior al arriendo» y por ser «insostenible la tesis de la recurrente de que se recibió en arrendamiento de quien en ese momento era titular del bien inmueble: dueña ya lo era la actora y, sin embargo, no es ella quien en el contrato aparece como arrendador» (SAP Baleares, Sección 3ª, de 14 de junio de 2019, [ECLI:ES:APIB:2019:1317]).

Para finalizar, otro tribunal rechaza la oposición del demandado «porque la recurrente aduce que accedió a la vivienda litigiosa tras abonar un importe en efectivo a un intermediario inmobiliario que aseguraba actuar en nombre de la sociedad actora y que le proporcionó las llaves del inmueble. No se trata, sin embargo, de una causa de oposición sólida ni verosímil, por lo que no se aprecia razón alguna para reconsiderar la caución impuesta por el órgano de instancia» (SAP de Barcelona, Sección 16ª, de 21 de junio de 2019, [ECLI:ES:APB:2019:7542]).

Como se evidencia, dicha acción es una de las vías más utilizadas por entidades bancarias frente a la ocupación de sus inmuebles.

Antes de pasar a comentar la siguiente acción, debe recordarse que la Ley 12/2023, de 24 de mayo, del Derecho a la Vivienda (LDV), a través de la DF quinta, ha modificado el art. 441 LEC, permitiendo la suspensión de los procesos de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del artículo 250⁶⁸, siempre que el inmueble objeto de la controversia constituya la vivienda habitual y la persona se encuentre en situación de vulnerabilidad económica y social. Se prevé un plazo de suspensión de dos meses, si el demandante es una persona física, o de cuatro meses, si se trata de una persona jurídica. Ello se debe tener en cuenta porque es un factor que, según las circunstancias del caso concreto, sería capaz de alargar tales procesos civiles. Tal situación, por el contrario, no afectará a las siguientes estrategias del titular legítimo de la vivienda o del bien inmueble.

d. Acción reivindicatoria

Dicha acción se encuentra contemplada en el art. 348 CC. Se trata de un instrumento procesal mediante el cual el titular del dominio puede exigir la restitución de un bien frente a quien lo posee sin título o con un título insuficiente. Por consiguiente, su fundamento reside en el derecho de propiedad, que se presume absoluto y excluyente respecto de terceros. Para su procedencia, es necesario que quien interpone la acción sea propietario del bien y que el mismo se encuentre en poder de un tercero que carezca de legitimación para su posesión (como un okupa). Como efecto, si el demandado es vencido en el procedimiento, deberá entregar físicamente el bien –como una vivienda u otro inmueble– al propietario, restaurando así su titularidad efectiva –por lo que tiene un efecto práctico–.

⁶⁸ Asimismo, «En los casos de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del artículo 250, no se admitirán las demandas, que pretendan la recuperación de la posesión de una finca, en que no se especifique: a) Si el inmueble objeto de las mismas constituye vivienda habitual de la persona ocupante. b) Si concurre en la parte demandante la condición de gran tenedora de vivienda, en los términos que establece el artículo 3.k) de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. En el caso de indicarse que no se tiene la condición de gran tenedor, a efectos de corroborar tal extremo, se deberá adjuntar a la demanda certificación del Registro de la Propiedad en el que consten la relación de propiedades a nombre de la parte actora» (art. 439.6 LEC). El apartado c) del art. 439.6 LEC, que exigía a la parte actora acreditar la situación de vulnerabilidad económica fue declarado inconstitucional (STC (Pleno), 26/2025, de 29 de enero [BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2025]).

En principio, es una acción atrayente para la recuperación de un bien inmueble ocupado. De hecho, permite acumular acciones para reclamar frutos, daños y perjuicios derivados de la posesión indebida del bien por parte del ocupante. Esto asegura que el propietario no solo recupere la cosa, sino que pueda ser compensado por el uso ilícito o el deterioro que haya sufrido el bien durante la posesión ajena. No obstante, a diferencia de las acciones anteriores, tal acción no se sustancia por un juicio sumario y verbal, sino a través del procedimiento ordinario –generalmente juicio ordinario, por razón de cuantía–, por lo que es un proceso más lento y complejo frente a ocupaciones ilegales. A pesar de ello, se ha utilizado ante ocupaciones con arrendamientos falsos:

Merece ser objeto de comentario un caso resuelto por el Tribunal Supremo. La demandante, Dña. Camila, era la propietaria legítima de un piso en Laredo (Santander). Durante su ausencia, un tercero, D. Juan, actuando como si tuviera poderes de administración de los que realmente carecía, decidió arrendar la vivienda a un tercero, D. Evaristo, y a su esposa. Don Juan no solo firmó el contrato sin conocimiento ni autorización de la dueña, sino que además cobró las rentas del alquiler para su propio beneficio, sin entregar nunca nada a doña Camila. Ante ello, la propietario interpuso una acción reivindicatoria frente a ambas partes, solicitando que el contrato se declarara nulo de pleno derecho y, además, la devolución de las cantidades que había percibido indebidamente en concepto de rentas. Finalmente, la Sala estima «las acciones ejercitadas: (1º) la reivindicatoria [...]; (2º) la declarativa relativa al arrendamiento, por falta de alegación y prueba por una de las partes codemandadas de mediar un contrato de mandato y un poder de representación [...]; (3º) la declarativa de condena, por admisión de cobro y falta de prueba de pago» (STS 367/2004, Civil, de 5 de mayo de 2004, [ECLI:ES:TS:2004:3054]).

e. Acción de nulidad (frente al contrato de arrendamiento de cosa ajena)

Las acciones anteriores permiten recuperar la posesión o propiedad, ya sea a través de un juicio ordinario, verbal o especial. No obstante, ante la existencia de un arrendamiento de vivienda ajena, la defensa del propietario podría plantearse la posibilidad de interponer una acción de nulidad absoluta frente al negocio jurídico suscrito, con base a los argumentos expuestos en apartados anteriores (causa ilícita, simulación negocial, etc.). Piensese que la nulidad contractual la puede alegar no solo las partes del contrato, sino terceros interesados o afectados por esa relación contractual. Por consiguiente, el propietario de la vivienda tendría legitimación activa.

Ahora bien, no es recomendable ejercitar dicha acción. Como se observó previamente, cierta jurisprudencia considera que un arrendamiento de vivienda ajena podría ser válido o, en su caso, adolecer solamente de nulidad relativa. En este último caso, la acción podría decaer por un defecto procesal –falta de legitimación activa–. No obstante, ciertos juzgados han llegado a

sostener que es un contrato ineficaz por nulidad absoluta –al ser un negocio simulado⁶⁹ o por carecer el arrendador de facultades de disposición/administración o título suficiente–. En tal caso, el efecto sería la restitución de la vivienda o del bien inmueble cedido (art. 1303 CC). Asimismo, hay que señalar que a través de dicha acción se podría solicitar la restitución de las rentas satisfechas por el arrendatario⁷⁰. Como ejemplo favorable, podemos mencionar un caso de la Audiencia Provincial de Tarragona, aunque actuaba como arrendador un copropietario, no un ocupante:

Se trata de un conflicto surgido dentro de una copropiedad postganancial. Dña. Celsa y D. Balbino tenían en régimen de copropiedad una vivienda en Calafell. El 29 de mayo de 2019, D. Balbino suscribió un contrato de arrendamiento con una tercera persona, Dña Esther, por un plazo de un año (prorrogable legalmente hasta cinco). D. Balbino realizó este contrato sin el consentimiento ni el conocimiento de Dña. Celsa, quien no fue informada de la existencia del mismo hasta meses después. Ante tal situación, interpone una demanda de nulidad frente al contrato suscrito sin su consentimiento, al haberse celebrado sin la mayoría necesaria que exige la ley para administrar bienes comunes. El tribunal confirmó que el negocio celebrado sin el acuerdo de la mayoría de los condueños carece de un consentimiento válidamente formado, lo que constituye la falta de un elemento esencial del contrato según el art. 1261 del Código Civil. Como consecuencia, declaró la nulidad de pleno derecho del contrato de arrendamiento y condenó a la inquilina a entregar la vivienda (SAP Tarragona, Sección 3ª, de 26 de octubre de 2023, [ECLI:ES:APT:2023:1407]).

Siguiendo la misma línea, cabe comentar un juicio de desahucio en el que acuerda el desalojo del ocupante, pero resulta de interés porque lo hace con base a la nulidad absoluta de un contrato de arrendamiento por simulación absoluta:

La mercantil Divarian Propiedad S.A. era dueña de una vivienda en Barcelona desde 2019. El 20 de abril de 2022, la empresa de seguridad Securitas dio aviso a la propiedad de que la alarma había sido desactivada y la finca ocupada. Al personarse el vigilante, encontró a personas en el interior, entre ellas el demandado (D. Martín), quien ya en ese momento exhibió un supuesto contrato de alquiler. Para oponerse al desahucio por precario, el ocupante presentó un contrato de arrendamiento que contenía detalles sospechosos para el tribunal: a) El contrato tenía fecha de 20 de abril de 2022 (el mismo día del salto de la alarma) y fue depositado en la Cámara de la Propiedad solo un día después, el 21 de abril; b) El ocupante alegó haber pagado un año de renta por adelantado (5.400 euros) en metálico, pero no aportó ningún justificante de la transferencia bancaria ni recibo fehaciente; c) El contrato figuraba

⁶⁹ «Pero el contrato de arrendamiento no sólo es nulo por lo expuesto, sino porque de los indicios plasmados por el Juzgador "a quo" en su Sentencia, y que aquí deben darse por íntegramente reproducidos en evitación de inútiles repeticiones, se desprende que en la celebración del contrato concurrió simulación absoluta por parte de los contratantes, habiéndose concertado dicho contrato con la principal finalidad de obstaculizar que la dueña de la finca, esto es, la actora, pudiese recuperar la posesión material de aquélla; y de entre los múltiples indicios de ello, adecuadamente expuestos por el Magistrado de primer grado, debe destacarse que no ha resultado acreditado que los arrendatarios abonasen, en realidad, renta alguna por la ocupación de la vivienda, resultando insuficientes, a estos efectos y a la vista de las circunstancias, los recibos acompañados a la contestación a la demanda, todos ellos de magnífico, sorprendente e igual estado de conservación, sin que, por lo demás, se aporte ningún recibo anterior al año 1.997, debiendo añadirse lo sorprendente que también resulta la no actualización de la renta desde el año 1.991 y la falta de constancia de abono alguno por parte de los arrendatarios de recibos de agua, luz o teléfono. En definitiva y por todo lo expuesto, existe simulación contractual absoluta, careciendo de causa el contrato, de lo que se deriva la total privación de efectos contractuales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.275 y 1.276 del Código Civil. Así, a la vista de las alegaciones realizadas por los recurrentes no parece ocioso recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.261 del Código Civil, es necesaria la presencia de consentimiento, objeto y causa para la existencia del contrato, de forma que la carencia de alguno de dichos elementos o la celebración del contrato contra normas imperativas o prohibitivas (art. 6.3º del Código Civil) da lugar a su nulidad de pleno derecho» (SAP Murcia, Sección 5ª, de 30 de enero de 2004, [ECLI:ES:APMU:2004:242]).

⁷⁰ Véase la STS 367/2004, Civil, de 5 de mayo de 2004, (ECLI:ES:TS:2004:3054) o la SAP A Coruña, Sección 5ª, de 21 de julio de 2022 (ECLI:ES:APC:2022:2122).

firmado por un tal D. Ildefonso en representación de la dueña, situando el domicilio social de la empresa en La Haya (Países Bajos) y careciendo de membrete oficial de Divarian. La propietaria negó conocer al firmante o haber autorizado el contrato. El tribunal confirmó que el título era una simulación absoluta basándose en dos inconsistencias críticas. En primer lugar, cuando el vigilante de seguridad acudió al salto de la alarma, el ocupante le enseñó un contrato con fecha de 14 de abril. Sin embargo, el contrato que presentó luego en el juzgado tenía fecha de 20 de abril; y, en segundo lugar, cuando Divarian impugnó la autenticidad del contrato, el demandado no propuso ninguna prueba (como un cotejo pericial de firmas o la citación del supuesto representante D. Ildefonso) para defender la validez del documento. Siendo tales los hechos, la Audiencia Provincial determinó que D. Martín no tenía título alguno, calificándolo como precarista, y confirmó su desahucio.

«En consecuencia, es posible alcanzar la conclusión probatoria de la simulación del contrato de arrendamiento aportado por la parte demandada, siendo radicalmente nulo e inexistente, por simulación absoluta, sin posibilidad de convalidación, pues, como dijimos en la sentencia dictada por esta sección trece, en fecha 7 de febrero de 2019, número 91/2019, recurso 1.151/2017, las relaciones afectadas de nulidad absoluta, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad. En fin, en cualquier caso, tampoco consta que en ningún momento el demandado haya abonado cantidad alguna en concepto de renta. En conclusión, no se acredita la existencia de título alguno que ampare su posesión, por lo que, ocupando la vivienda en condición de precarista, ha de darse lugar al desahucio, confirmando la sentencia recurrida» (SAP Barcelona, Sección 13ª, de 2 de febrero de 2024, [ECLI:ES:APB:2024:606]).

Existen, pues, ciertos riesgos en cuanto a la interpretación o postura que se seguirá en sede judicial⁷¹. Por tal motivo, en ciertos casos lo aconsejable es acudir a los juicios especiales comentados o, bien, a la acción reivindicatoria. Si bien, de escoger esta última acción o acudir al procedimiento de desahucio, se podrá examinar la nulidad del contrato de arrendamiento presentado. Por el contrario, tal opción no sería posible de acudir a otros juicios especiales sumarios.

f. Otras acciones civiles

Para concluir, una vez examinadas las distintas vías civiles que tiene el verdadero propietario o titular para recuperar el bien inmueble, merece una breve consideración su pretensión de recuperar los importes económicos obtenidos por el arrendador *non domino* o, bien, de indemnización por daños y perjuicios. De todas maneras, hay que advertir que, como norma general, salvo excepciones, en los juicios verbales no se admite la acumulación de acciones (art. 437.4 LEC). Por lo tanto, tal opción estaría vetada, por ejemplo, al interponer acciones de tutela sumaria de la posesión o para la efectividad de derechos reales inscritos. No obstante, cierta doctrina considera que, con base al supuesto segundo de tal precepto, la acción de daños y perjuicios sería acumulable. Aun así, la jurisprudencia mayoritaria rechaza tal opción⁷². Sea como sea, acumulando o no ciertas acciones, lo cierto es que el titular legítimo de la vivienda o inmueble podría plantear otras acciones civiles, según las circunstancias de cada caso concreto: a) acción de indemnización por daños y perjuicios, b) acción para recuperar frutos o rentas percibidos por el poseedor de mala fe (art. 455 CC) –aunque en ciertas acciones, como la reivindicatoria, la sentencia estimatoria ya se pronunciaría sobre la liquidación del estado

⁷¹ En ciertas resoluciones se rechaza la tesis de la nulidad absoluta, admitiéndose la posible anulabilidad. Siendo así, el tribunal puede esgrimir falta de legitimación activa, pues la anulabilidad solamente puede ser pedida por las partes del contrato, no por un tercero, que en este caso sería el propietario del bien inmueble (SAP Madrid, Sección 5ª, de 21 de julio de 2022, [ECLI: ES:APC:2022:2122]).

⁷² Véase JIMÉNEZ LÓPEZ, *El ordenamiento jurídico español ante la ocupación ilícita de inmuebles. Derechos comprometidos y tutela procesal*, p. 108.

posesorio (arts. 451 a 458 CC)–, c) acción de enriquecimiento injusto –si bien, recordemos que dicha acción presenta un carácter subsidiario, en el sentido de que cuando la ley conceda acciones específicas para un supuesto concreto, tales acciones serán las que se deban ejercitar–, etc.

g. Denuncia penal (delitos de allanamiento de morada y de usurpación)

En el ámbito penal, el titular legítimo del bien inmueble puede formular denuncia penal por la comisión de distintos delitos, destacando los siguientes: a) el delito de allanamiento de morada –que protege la inviolabilidad del domicilio– (art. 202.1 CP) y b) el delito de usurpación –que protege el patrimonio y la posesión de un inmueble– (art. 245 CP)⁷³. Se trata de delitos diferentes (por el bien jurídico protegido, los elementos del tipo, penas previstas, procedimiento penal a seguir, etc.), siendo distinta la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y del Ministerio Fiscal, que variará atendiendo a las circunstancias del caso concreto⁷⁴. Lo interesante de la vía penal es que se puede solicitar como medida cautelar el desalojo y la restitución del bien inmueble objeto del delito a su legítimo poseedor (art. 13 LECrim)⁷⁵ y, además, no impide que puedan ejercitarse acciones separadas por la vía civil (tutela sumaria, etc.).

Si bien, al igual que ocurre en el orden civil, en el penal el problema también aparece cuando el ocupante alega un contrato verbal de arrendamiento o, bien, presenta un contrato escrito. Si nos centramos en el delito de usurpación, hay que recordar que aglutina un tipo agravado (art. 245.1 CP) –cuando existe violencia o intimidación en la ocupación (con pena de prisión de uno a dos años)– y un tipo atenuado (art. 245.2 CP) –la ocupación sin autorización debida (con multa de tres a seis meses)–. Generalmente, cuando un ocupante alega la existencia de una relación arrendaticia, el juicio penal se centra en determinar la existencia del tipo penal atenuado. En particular, en dilucidar un elemento de tipo subjetivo de gran relevancia (la creencia del ocupante de contar con autorización expresa o, bien, conocer que ocupa el

⁷³ Tal materia se puede analizar con más profundidad en los siguientes trabajos: JIMÉNEZ LÓPEZ, *El ordenamiento jurídico español ante la ocupación ilícita de inmuebles. Derechos comprometidos y tutela procesal*, pp. 123 ss.; JIMÉNEZ PARÍS, *La ocupación de inmuebles en el Código Penal español*, Reus, Madrid, 2018; BARRA DE QUIROGA (coord.), *Okupación ilegal de viviendas. Paso a Paso. Análisis detallado de la okupación ilegal de viviendas y los procedimientos para recuperar la posesión*, pp. 9 a 108.

⁷⁴ Véanse las Instrucciones nº 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado establece criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en procedimientos penales por delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles y nº 6/2020 de la Secretaría de Estado de Seguridad por la que se establece el protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ante la Ocupación Ilegal de Inmuebles. En esta última instrucción se señala lo siguiente, para informar al titular o poseedor afectado de las vías civiles existentes, de no concurrir un delito de usurpación: «En todos aquellos supuestos de ocupación pacífica de bienes inmuebles, en la que no se observen los elementos del tipo penal del artículo 245 del CP ya citado, al no tratarse de una acción delictiva, se informará al titular afectado que podrá ejercitar las correspondientes acciones civiles para recuperar la posesión, si lo considera oportuno. Al efecto, deberán mencionarse las posibilidades dispuestas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, tras su reforma introducida por la Ley 5/2018, de 11 de junio, en relación a la ocupación ilegal de viviendas, conocida como “desahucio exprés contra las ocupaciones”, que articula mecanismos, en la vía civil (juicio verbal para recobrar la posesión y demanda de entrega inmediata), que permite la defensa de los derechos de los titulares legítimos que se ven privados ilegalmente de la posesión de su vivienda, cuando se trate de personas físicas, entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla o entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social».

⁷⁵ BARRA DE QUIROGA (coord.), *Okupación ilegal de viviendas. Paso a Paso. Análisis detallado de la okupación ilegal de viviendas y los procedimientos para recuperar la posesión*, pp. 73 ss.

inmueble sin autorización). A modo de ilustración, cabe mencionar el caso de unos ocupantes que fueron absueltos por considerar el tribunal que habían actuado de buena fe –o que existía una duda razonable–, pues habían pagado rentas y suministros durante un plazo de tiempo determinado y, además, porque en el contrato aparecía la antigua propietaria. De hecho, la resolución invita a la parte afectada a acudir a la jurisdicción civil:

«Estos hechos acreditados generan una vehemente duda que no permite apreciar la concurrencia de todos los elementos propios de este delito, señaladamente no es posible afirmar que los apelantes tuvieran conocimiento de que carecían de título jurídico para ocupar la vivienda. Porque, es cierto que carecían de ese título, ya que el contrato de arrendamiento era nulo, inexistente, pero ellos lo desconocían, pues todo indica que fueron víctimas a su vez de una estafa, ya que pagaron 900 euros a quien carecía de toda capacidad para entregarles el uso y disfrute de la vivienda. Por otra parte, tampoco es posible asegurar que los apelantes tenían, al menos hasta que fueron citados a este juicio, conocimiento de la voluntad contraria del propietario de la vivienda a su estancia en la misma. Por todo ello, existen serias dudas que no permiten considerar como hecho probado una conducta constitutiva del delito de usurpación del art.245 -2 CP y que tampoco encuentra su reflejo en los hechos probados descritos en la sentencia de instancia. Obviamente los apelantes están ocupando la vivienda en situación de precario y carecen de título para ello, pero la solución a esta situación se halla en el ámbito de la jurisdicción civil» (SAP Murcia, Sección 2ª, de 18 de marzo de 2025, [ECLI:ES:APMU:2025:810]).

Lo mismo ocurre en un caso en el que se dictó la absolución de los ocupantes porque acreditaron haber encontrado la vivienda en «Milanuncios» y haber firmado un contrato de arrendamiento con un tercero, entregando fianza y el primer mes de alquiler. La juzgadora estimó que no se probó el dolo (la voluntad de delinquir), ya que los ocupantes creían estar alquilando legalmente:

«En lo referente a la denunciada Belinda, considera no acreditada la existencia de dolo por parte de la misma. Manteniendo la Juzgadora que “...pone de manifiesto que vivía con su hija y con su pareja Narciso en otra vivienda, y que buscó la vivienda a que se refieren las presentes actuaciones a través de milanuncios, que contactó con un señor que le dijo que la vivienda era suya, y que hicieron un contrato de arrendamiento, que le dio las llaves de la vivienda y abonó la cantidad de 1.000 euros de fianza y 500 euros en concepto de alquiler, y acordaron abonar un alquiler mensual de 500 euros”. Al respecto y como relevante se destaca, que en el acto del Juicio se aportó el contrato de arrendamiento celebrado entre Santos y la ahora denunciada. Con ello estima la Juzgadora en la sentencia apelada, que no ha quedado acreditado que la intención de la denunciada fuera ocupar la vivienda en contra de la voluntad de su titular, y por tanto no puede entenderse acreditado el carácter doloso de la conducta de la denunciada. A lo que se debe añadir que se asume el criterio del Ministerio Fiscal quien, conforme se detalla la propia sentencia en los antecedentes de hecho, solicitó la absolución de los denunciados, ya que respecto a Narciso no habría quedado acreditado que el mismo residiera en la vivienda y respecto a Belinda, no habría quedado acreditado el elemento subjetivo del tipo penal de usurpación sin que se discutan la concurrencia de otros elementos del delito» (SAP Madrid, Sección 23ª, de 19 de abril de 2024, [ECLI:ES:APM:2024:5769]).

Por el contrario, otras resoluciones judiciales consideran que concurre un delito de usurpación leve, por no considerar creíble un contrato verbal de arrendamiento, estimar que el contrato escrito es falso, no probar el pago de las rentas, permanecer el ocupante en la vivienda –tras conocer que había sido engañado o estafado–, etc⁷⁶. De modo que la relación arrendaticia no

⁷⁶ Véanse las siguientes resoluciones judiciales: SAP Baleares, Sección 1ª, de 20 de junio de 2025, [ECLI:ES:APIB:2025:1782]; SAP Madrid, Sección 29ª, de 4 de abril de 2024, [ECLI:ES:APM:2024:4680]; SAP Zaragoza, Sección 1ª, de 22 de enero de 2025, [ECLI:ES:APZ:2025:201]; SAP Málaga, Sección 3ª, de 10 de abril de

consigue parar las consecuencias del delito penal, procediéndose al desalojo de los ocupantes del bien inmueble.

Lo interesante de la vía penal, tras la reforma del art. 795 LECrim por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, es que los delitos de allanamiento de morada del art. 202 CP y los delitos de usurpación del art. 245 CP se podrán articular por juicio rápido. No obstante, con la Circular 1/2025, de 26 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre tales delitos y el instituto de la conformidad en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, el delito leve de usurpación continuará tramitándose por el cauce del procedimiento para el juicio sobre delitos leves y el delito de allanamiento de morada se podrá tramitar por juicio rápido cuando concurren ciertos presupuestos (atestado policial y detención del ocupante, entre otros); por lo que, como indica CUENA CASAS, se limita la eficacia de la reforma⁷⁷.

Aunque ciertamente el verdadero propietario, titular o poseedor legítimo puede acudir a la vía penal, el principio penal de intervención mínima refuerza la opción civil frente a ocupaciones sin coacción. En estos casos, lo habitual es que el arrendatario haya entrado a la vivienda en virtud de un contrato de arrendamiento, sin efectuar la ocupación por la fuerza o con violencia –que seguramente fue realizada por un tercero–. No obstante, podría ser viable la opción del delito de usurpación pacífica. Ahora bien, no existe impedimento legal para acudir tanto a la vía civil como a la penal:

«Por último, debe tenerse presente que el legislador ha querido dar protección penal con este artículo 245.2 del CP, de forma acumulada a la protección civil, a la posesión del propietario para que pueda ejercer las facultades que le confiere su derecho de dominio; así, es cierto que la posesión constituye una situación fáctica que está amparada por el ordenamiento jurídico con una tutela específica, la llamada tutela interdictal que proclaman los artículos 441 a 446 del Código Civil, y que más recientemente le ha dotado de una nueva herramienta, cual es el procedimiento previsto en el artículo 250-1-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil; pero a este amparo de carácter civil, el legislador ha sumado una protección penal, definiendo como delito la conducta del artículo 245.2 del Código Penal, sin distinguir además la condición del propietario -persona física o jurídica-; el hecho de que la vivienda objeto de la ocupación no constituya morada habitual del denunciante no excluye la concurrencia del tipo penal que nos ocupa. Por ello, no puede producir efecto alguno la invocación del principio de intervención mínima acudiendo a la vía civil. Como recuerda, con cita de otras muchas, la STS núm. 1484/2005 de 28 febrero [...]. Así, concurriendo todos los elementos del ilícito penal, la condena es conforme a derecho, sin que el legislador haya establecido que deba acudirse al ejercicio de acciones civiles» (SAP Toledo, Sección 2ª, de 27 de febrero de 2025, [ECLI:ES:APTO:2025:195]).

Antes de continuar, es oportuno indicar que el verdadero propietario o titular puede denunciar por la comisión de otros delitos, como el delito de falsedad documental o, bien, de estafa.

Respecto a este último, podemos traer a colación la condena a una persona por estafa procesal (art. 250.1.7º CP), al considerar el juez que aportó un contrato falso de arrendamiento para

2025, [ECLI:ES:APMA:2025:1486]; SAP Madrid, Sección 30ª, de 27 de junio de 2024, [ECLI:ES:APM:2024:10833]; etc.

⁷⁷ CUENA CASAS, *Vivienda y Derecho civil. Perspectivas actuales del derecho a la vivienda: XXIII Jornadas de la Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil (Burgos 2025)*, pp. 104 y 105.

prolongar el procedimiento de desahucio⁷⁸. La condena fue de un año y dos meses de prisión, con una indemnización de 4.000 euros, por las rentas no satisfechas durante el periodo de ocupación del inmueble. También destaca otro caso en el que un señor firmó en 2018 un contrato de arrendamiento simulado sobre una vivienda que ya no le pertenecía, puesto que la había perdido en una ejecución judicial en 2015, con la finalidad de permitir a la supuesta arrendataria empadronarse y escolarizar a sus hijos –provocando una ventaja patrimonial ajena, no propia–. Dicha maniobra impidió a los legítimos adquirentes de la finca el uso y disfrute de la misma –el perjuicio ocasionado–, considerando el tribunal que estábamos ante una modalidad de estafa por contrato simulado (art. 250.3º CP)⁷⁹.

4.1. Acciones y estrategias del arrendatario (engañado o de buena fe)

Indudablemente, ante un arrendamiento de vivienda ajena, el principal afectado será el propietario o titular legítimo. Sin embargo, no podemos olvidar otra posible parte perjudicada: el arrendatario.

Ciertamente, habrá supuestos en los que la parte arrendataria sea conocedora y participe en la elaboración de un contrato falso o simulado de arrendamiento de vivienda ajena –la causa del contrato sería ilícita y, por tanto, sería nulo–. No obstante, pueden concurrir casos en los que el arrendatario desconocía que la parte arrendadora no disponía de título o poder para arrendar la vivienda –ante la posible apariencia del arrendador como titular de la vivienda o, en su caso, como persona con poder de disposición o administración–. Es decir, aquí el arrendador sabe que no es titular o poseedor legítimo del inmueble y el arrendatario lo ignora. Por consiguiente, el primero no estaría actuando conforme a la buena fe contractual, pues arrienda una vivienda ajena a sabiendas, no pudiendo cumplir con su obligación principal –mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato (art. 1554 CC)–. Imaginen el menoscabo y los problemas ocasionados a una persona que, con buena fe, alquila una vivienda, entrega una fianza, paga ciertas mensualidades y, posteriormente, tras las acciones emprendidas por el verdadero propietario o titular de la vivienda, debe abandonarla (gastos de

⁷⁸ «En definitiva, hemos de concluir que si no hubiera presentado el acusado el ya aludido escrito, el 13 de julio de 2021, se hubiera ordenado por la Juez civil su desalojo, mientras que, por haberlo hecho, consiguió retrasar éste, al menos hasta marzo del año 2022, es decir, otros ocho meses, que sumar a los diez meses que llevaba ocupando, sin título alguno, el inmueble. Ello quiere decir que, si bien hemos de considerar que no consiguió el acusado el resultado que hemos de entender pretendía al realizar el acto que hemos definido como de estafa procesal, esto es, evitar su desalojo, lo que es posible hubiera conseguido si la Juez civil hubiera concluido, en su Sentencia, que el contrato era verídico, sí que obtuvo un evidente beneficio, y un perjuicio para los propietarios, traducido en lo ya dicho, consistente en haber prolongado su ilícita ocupación, siempre sin pagar renta, otros ocho meses. Conviene añadir a ello que, puesto que el contrato ha de reputarse, estimamos, como de vivienda, y el arrendatario sería una persona física, si se hubiera concluido, en definitiva, que el mismo era verídico, habría tenido el acusado derecho a seguir ocupando el inmueble un total de 5 años, según se desprende del artículo 9 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, y siempre y cuando se produjera el pago de la renta. Es claro que no tuvo el Sr. Isidoro un total éxito en su plan, pero consideramos que el resultado producido, que hemos ya descrito, supone que la estafa procesal debamos reputarla consumada, puesto que, no solo realizó el ya citado acusado todos los actos que eran precisos para conseguir lo que pretendía –presentó el contrato y alegó que el mismo amparaba su posesión de la vivienda–, sino que, además, se produjo un acto, que podemos calificar como de disposición, en cuanto que, reiteramos, consiguió permanecer nada más nada menos que ocho meses más en la vivienda, al haber conseguido engañar, efectivamente, a la Juez, que consideró que el título aportado contrato falso–, debía determinar que no se ordenase en ese momento el desalojo, sin perjuicio de lo que pudiera determinarse, tras seguir el procedimiento verbal civil ordinario, cuyos pasos dejamos ya descritos, en la futura Sentencia, en la que se tuvo por acreditado que el contrato era falso» (SAP Málaga, Sección 3ª, de 20 de octubre de 2025, [ECLI:ES:APMA:2025:4162]).

⁷⁹ SAP Melilla, Sección 7ª, de 5 de mayo de 2022, [ECLI:ES:APML:2022:83].

mudanza, tiempo invertido en trámites, denuncia en vía penal por ocupación, pérdida económica, etc.).

En función de lo planteado, dicha persona también puede emprender acciones y desarrollar ciertas estrategias procesales, no solamente frente al «arrendador sin título», sino también frente al legítimo titular o poseedor. De hecho, y de igual forma que el verdadero propietario, dispondrá de acciones civiles y penales.

a. Acción de resolución contractual

La principal obligación de todo arrendador es mantener el goce pacífico del arrendamiento (art. 1554 CC). En caso de incumplimiento (art. 1124 CC), el arrendatario, en virtud del art. 1556 CC, puede «pedir la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios». En tales supuestos, tal incumplimiento se produciría cuando el titular o poseedor legítimo de la vivienda desaloje al «ocupante-arrendatario». Ante tal situación, este último podría resolver el contrato y solicitar ser indemnizado (por ejemplo, gastos de mudanza, recuperar rentas pagadas por periodos no disfrutados). Si bien, no podrá reclamar la devolución de las rentas satisfechas, puesto que, hasta el momento del desalojo, habría podido disfrutar de la vivienda arrendada. Ello se debe a que la resolución extingue el contrato *ex nunc*, conservando los efectos ya consumados.

De ejercitarse tal acción, no se cuestionaría la validez contractual del arrendamiento de vivienda ajena. Asimismo, solamente podría interponerse cuando se haga efectivo el incumplimiento del «arrendador sin título legítimo».

b. Acción de anulabilidad o nulidad relativa

La existencia de vicios del consentimiento (como error o dolo) sería un presupuesto para interponer una acción de anulabilidad o nulidad relativa frente a la otra parte contratante –el falso arrendador– (véanse los arts. 1300 y ss. CC). Dicha acción caduca a los cuatro años de la consumación del contrato (art. 1301 CC). La acción podría tener como resultado, además de la ineficacia del contrato, la devolución de las rentas satisfechas durante la relación arrendaticia (art. 1303 CC) –puesto que es ineficaz *ab initio*–. No obstante, puede ocurrir que el tribunal considere válido el contrato, desestimando tal devolución⁸⁰ o, en su caso, no la admita ponderando el valor de uso o disfrute del inmueble. Asimismo, se puede solicitar una indemnización por daños y perjuicios (gastos de mudanza, reparaciones en la vivienda, etc.). Lo interesante de dicha acción es que el arrendatario no debe esperar al desahucio o evicción de la vivienda arrendada. Ahora bien, debe acreditarse el dolo o error esencial. De lo contrario, no prosperará la nulidad relativa.

Antes de finalizar tal apartado, hay que recordar que también podría ejercitar una acción de nulidad absoluta, si concurren los presupuestos necesarios.

c. Acción de saneamiento por evicción

⁸⁰ STS 768/2007, Civil, de 28 de junio de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:4819).

Si aplicamos, por analogía, la teoría de la venta de cosa ajena a este tipo de arrendamientos, cabría plantearse la posibilidad de ejercitar la acción de saneamiento por evicción (arts. 1475 y ss. CC). De hecho, el art. 1553 CC establece que «son aplicables al contrato de arrendamiento las disposiciones sobre saneamiento contenidas en el título de la compraventa». La evicción se produciría cuando se priva al arrendatario, por sentencia firme y en virtud de un derecho legítimo, de la vivienda arrendada⁸¹. En tal supuesto, podría exigir al «falso arrendador»: a) la restitución de rentas pagadas (ej. rentas abonadas si la pérdida del uso fue inmediata, rentas pagadas de un periodo no disfrutado, etc.) –aunque no sería apropiado pedir la devolución de rentas correspondientes a meses en los que si hubo un uso efectivo del inmueble⁸²–, b) posibles frutos o rendimientos, si se le hubiere condenado a entregarlos al que le haya vencido en juicio, c) las costas del pleito que haya motivado la evicción y, en su caso, las del seguido con el «falso arrendador» para el saneamiento, d) los gastos del contrato, si los hubiese pagado el arrendatario y e) los daños e intereses y los gastos voluntarios o de puro recreo u ornato, si se arrendó de mala fe (gastos por obras de mejora en la vivienda, gastos de reparaciones en la vivienda, etc.). Recordar que el ejercicio de tal acción solamente sería posible si la parte arrendataria notifica al «arrendador sin título» la demanda o denuncia interpuesta por el verdadero titular (art. 1481 CC).

Al igual que la acción de resolución, no se cuestionaría la validez contractual del arrendamiento de vivienda ajena.

El problema a la hora de interponer las tres acciones anteriores, en múltiples casos de arrendamiento de vivienda ajena, será la posibilidad de identificar al «arrendador sin título». Lo habitual es que los datos de identificación del arrendador sean falsos. En tales casos, no podrían ejercitarse tales acciones en sede judicial.

Como recurso final, la estrategia procesal podría consistir en plantear una demanda contra el «falso arrendador» –si fuera posible su identificación– efectuando una acumulación de algunas o todas las acciones comentadas, poniendo una petición principal y la otra u otras como peticiones subsidiarias (arts. 71 y ss. LEC). Ahora bien, puede que a la parte arrendataria no le resulte rentable –a nivel económico o emocional– emprender acciones civiles frente al «arrendador sin título».

d. Denuncia penal (delito de falsedad documental y delito de estafa inmobiliaria)

Examinadas las posibles acciones civiles para la tutela jurídica de los intereses del arrendatario frente al «arrendador sin título», cabe señalar que también tiene la opción de acudir a la vía penal.

⁸¹ «[...] el saneamiento por evicción procederá en aquellos supuestos en los que se produce un arrendamiento sobre cosa ajena y, quien haya vencido en esa titularidad en virtud de título previo (ex art. 1475 CC) reconocida en sentencia firme (ex art. 1480 CC), despoje al arrendatario de su derecho. Por ello, se presenta requisito esencial para que prospere el saneamiento por evicción que la perturbación del derecho del arrendatario se produzca a consecuencia de la actuación de un tercero, ajeno a la relación contractual y que el arrendatario comunique al arrendador la demanda de evicción a los efectos de hacerlo responder del saneamiento». ESTANCONA PÉREZ, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 791, 2022, p. 1559.

⁸² Como indica el art. 1553 CC, «En los casos en que proceda la devolución del precio, se hará la disminución proporcional al tiempo que el arrendatario haya disfrutado de la cosa».

En concreto, podría formular denuncia frente al «falso arrendador» por un delito de falsedad documental y/o por un delito de estafa inmobiliaria. Respecto al primero, regulado en los arts. 392 y ss. CP, se puede castigar la falsificación de documentos públicos –como notas simples del Registro de la Propiedad, documento de identidad, etc.– o documentos privados –como un contrato, poder de representación, etc.–. La sanción puede implicar penas de prisión y/o multas económicas. No es de extrañar que el «ocupante-arrendador» falsifique documentos públicos o privados para engañar al arrendatario, consiguiendo con ello una apariencia real respecto a la titularidad o poder de disposición sobre el inmueble. En cuanto al delito de estafa inmobiliaria (arts. 248 y ss. CP), como se indica, «cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno».

Dentro de la estafa destacan los tipos delictivos del art. 251 CP, que castiga a aquel que «atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero» y a la persona que «otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado». En el momento en el que una persona engaña a otra, aparentando ser arrendador de un inmueble, para que firme un contrato de arrendamiento y así conseguir que la parte arrendataria le entregue ciertas cantidades económicas (fianza, rentas, etc.), podríamos estar ante un posible delito de estafa. En el ámbito inmobiliario, el engaño suele proyectarse sobre la titularidad del inmueble, la existencia de facultades de disposición, la realidad del título habilitante (contratos simulados, poderes falsos) o, a modo de ejemplo, la disponibilidad o legalidad del bien inmueble. Dicho engaño provoca un error determinante en la parte arrendataria –que afecta a un elemento esencial del negocio jurídico– (como la titularidad dominical, la legitimación para arrendar o vender o la disponibilidad del inmueble) y provoca que la víctima –el arrendatario– realice un acto de disposición, pague rentas o adelante cantidades económicas (en concepto de depósito o fianza), causándole un perjuicio patrimonial –sobre todo, si debe abandonar la vivienda de forma inmediata tras acceder a la misma en virtud de un contrato falso o, bien, no llega a acceder a la vivienda objeto del contrato de arrendamiento–. Según la cuantía de la estafa, la sanción penal puede ser una multa o pena de prisión. Es importante señalar que si la estafa afecta a bienes de primera necesidad –como la vivienda– la sanción sería mayor, al establecerse un tipo agravado en el artículo 250.1.1º del CP.

Para ilustrar la comisión de tales delitos, en el tema examinado, podemos comentar un caso en el que se aprecia un delito de falsedad documental:

El 6 de febrero de 2017, en el marco de un proceso de desahucio instado por la propietaria de una vivienda, la acusada, Dña. Emma, compareció ante el órgano judicial con el objetivo de alterar la realidad. Para ello, aportó un supuesto contrato de arrendamiento que figuraba como celebrado entre la propietaria y la otra acusada (su madre). Se trataba de un documento mendaz confeccionado artificialmente a «imagen y semejanza de los genuinos», ya fuera por la propia acusada o por un tercero no identificado. La sentencia condena a Emma por un delito de falsedad documental basándose en el artículo 395 del Código Penal, en relación con las modalidades de los apartados 2º y 3º del artículo 390.1. Ello por varios motivos: primero, porque el documento se presentó con el fin indiscutible de obtener un beneficio, que en este caso era permanecer en la vivienda y evitar o retrasar el lanzamiento (desahucio); segundo, se considera responsable tanto al autor material como a quien tiene el dominio funcional del hecho y se favorece de la mendacidad; y, tercero, la acusada sabía que el contrato la presentaba como arrendataria frente a la propietaria real para evitar el desalojo, habiendo acudido varias veces al juzgado para este trámite (conocía su falsedad). Como consecuencia fue condenada por

un delito de falsedad documental en documento privado, con una pena de prisión de siete meses (véase la SAP Sevilla, Sección 7ª, de 23 de enero de 2024, [ECLI:ES:APSE:2024:108]).

En muchos casos, valorándose en sede judicial el delito de usurpación, al apreciar un posible delito de falsedad documental, se remiten las actuaciones al órgano competente para abrir una nueva causa penal⁸³. Lo mismo podría ocurrir cuando existen serias dudas dentro de un proceso civil.

Centrándonos en el delito de estafa inmobiliaria, su consumación se produce haya o no ocupado la vivienda o el inmueble la parte arrendataria. Podemos destacar múltiples casos. Para comenzar, una mujer, tras identificar un alquiler de vivienda en Idealista, decidió hacer una visita. Dos mujeres, hermanas, la recibieron y le pidieron 600 euros de señal para la firma del contrato de arrendamiento. Más tarde, las supuestas arrendadoras iban a quedar con la futura inquilina para hacer una entrega de 3.000 euros (un adelanto de cuatro mensualidades de renta mensual –equivalente a 750 euros–). Si bien, la interesada se percató que el piso era de Bankia y denunció a la Policía, antes de su firma. Los hechos probados fueron constitutivos de un delito de estafa agravada, al recaer sobre un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual⁸⁴, siendo condenadas a un año y dos meses de prisión. En segundo lugar, cabe mencionar el caso de una persona que alquilaba pisos de alquiler turístico y, tras ello, los ofertaba como alquileres de larga duración. Se hacía pasar por agente inmobiliario, enseñaba los pisos usando las llaves de su alquiler ocasional y firmaba contratos simulados con múltiples víctimas a las que cobraba fianzas y mensualidades por adelantado. Tras recibir el dinero (en efectivo o transferencia), entregaba llaves que no abrían y desaparecía; se identificaron al menos diez víctimas de esta dinámica. El autor fue condenado por un delito de estafa continuado a la pena de dos años y cuatro meses de prisión, debiendo también indemnizar a las víctimas⁸⁵. Para terminar, aunque el bien inmueble no sea una vivienda, es interesante traer a colación un caso en el que el acusado, D. Jorge, actuando como administrador de una sociedad, celebró en 2015 un contrato de arrendamiento de industria sobre un local destinado a restaurante. Para dar apariencia de legalidad, D. Jorge aportó una escritura pública de 2009 que lo acreditaba como propietario original. Sin embargo, la realidad jurídica era distinta –el local había sido objeto de una ejecución hipotecaria y adjudicado a la SAREB en 2014, meses antes de la firma del contrato con las víctimas–. D. Jorge no solo percibió una fianza de 12.000 euros, sino también rentas mensuales de 2.420 euros, ocultando deliberadamente que ya no tenía facultades de disposición sobre el bien inmueble. Un aspecto destacado de esta sentencia es la denegación de la indemnización solicitada por los denunciantes (las rentas y fianza satisfechas), al razonar el tribunal que las víctimas disfrutaron del restaurante sin limitaciones ni sobrecostes derivados de la falta de titularidad del arrendador⁸⁶. La pena final se fijó en un año y un mes de prisión.

⁸³ SAP Zaragoza, Sección 1ª, de 22 de enero de 2025, [ECLI:ES:APZ:2025:201].

⁸⁴ «[...] el engaño se articula sobre el anuncio en una plataforma de internet de la disposición de una interesante vivienda en alquiler, de la que se carece de facultad alguna de disposición, acompañado de toda una puesta en escena como es la visita a la vivienda supuestamente ofertada para su arrendamiento. Las graves dificultades de acceso al mercado inmobiliario y un precio atractivo son los elementos que adornan la actuación engañosa encaminada a facilitar la disponibilidad de la víctima en abonar de forma inmediata una señal que le garantice poder acceder al contrato de arrendamiento» (SAP Madrid, Sección 23ª, de 10 de diciembre de 2021, [ECLI:ES:APM:2021:14973]).

⁸⁵ SAP Madrid, Sección 16ª, de 12 de marzo de 2025, [ECLI:ES:APM:2025:3284].

⁸⁶ SAP Castellón, Sección 1ª, de 17 de octubre de 2022, [ECLI:ES:APCS:2022:1584].

e. Oponibilidad del arrendamiento de vivienda ajena con base a la buena fe del arrendatario

Hasta el momento, hemos observado posibles acciones del arrendatario de buena fe frente al «falso arrendador» o «arrendador sin título». Si bien, cabe preguntarse si dispone de mecanismos de defensa frente a las acciones civiles o penales que entable el verdadero propietario, poseedor o titular del bien inmueble.

A priori, como se indicó anteriormente, si mantenemos la validez contractual de este tipo de arrendamientos, solamente tendría eficacia entre las partes, ello con base al principio de relatividad contractual. Además, conforme al principio *nemo dat quod non habet* (nadie puede transmitir más derecho del que tiene), la cesión del uso o disfrute inicialmente no sería viable por un ocupante o poseedor sin título. Por consiguiente, el contrato suscrito no sería oponible al titular o poseedor legítimo del bien inmueble. Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico contine una excepción, recogida en el art. 13.3 LAU, cuando el bien inmueble arrendado tiene la consideración de vivienda habitual.

Dicho precepto establece lo siguiente:

«Durarán cinco años los arrendamientos de vivienda ajena que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que aparezca como propietario de la finca en el Registro de la Propiedad, o que parezca serlo en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, [...], salvo que el referido propietario sea persona jurídica, en cuyo caso durarán siete años».

Como señala ESTANCONA PÉREZ, «la norma tiene por objeto proteger al arrendatario que actúa de buena fe y contrata con un arrendador que no es propietario de la vivienda arrendada, pero aparenta serlo»⁸⁷. Se quiere con ello significar que, si el arrendatario-ocupante, ante una demanda o denuncia del verdadero titular, presenta un contrato de arrendamiento de vivienda habitual que cumpla con los requisitos previstos en el apartado tercero del art. 13.3 LAU, tendrá derecho a permanecer en la vivienda un plazo de cinco o siete años, según sea persona física o jurídica, respectivamente⁸⁸. Como resultado, el dueño quedaría subrogado por dicho plazo en el arrendamiento concertado por el no dueño. Efectivamente, esto «supone un adquisición a *non domino* por obra de la Ley de Arrendamientos Urbanos del derecho de arrendamiento, lo que favorece la estabilidad del inquilino»⁸⁹.

Para ello, el precepto exige un presupuesto esencial: que la parte arrendataria haya suscrito el contrato de buena fe con el arrendador, por aparecer éste como propietario en el Registro de la

⁸⁷ ESTANCONA PÉREZ, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 791, 2022, p. 1557.

⁸⁸ «Abogamos por considerar que si la duración pactada fuera superior a los cinco años (o siete años si el propietario fuese persona jurídica), y no constara inscrito en el Registro de la Propiedad, el contrato quedaría resuelto transcurridos los citados plazos legales, en aplicación de la regla general contenida en el apartado segundo del artículo 13.1 LAU». ESTANCONA PÉREZ, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 791, 2022, p.13.

⁸⁹ JIMÉNEZ PARÍS, «Ejecución hipotecaria y arrendamiento de vivienda tras los Reales Decretos-Leyes 21/2018 y 7/20191332», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 778, 2020, p. 1332.

Propiedad (atendiendo a la publicidad registral⁹⁰) o, bien, por parecerlo por actos imputables al mismo (por una apariencia de veracidad)⁹¹. Siguiendo palabras de ESTANCONA PÉREZ, «los dos supuestos contemplados en este precepto parten [...] de la falta de diligencia del verdadero propietario»⁹². Asimismo, como indica la autora, el precepto solamente se refiere a una apariencia de titularidad dominical o de propiedad, no haciendo referencia a otras situaciones que habilitan para arrendar (ej. usufructo, superficie, poder de representación, etc.). Ciertamente, siguiendo una interpretación literal, tales situaciones de apariencia deberían ser objeto de exclusión. No obstante, dadas las posibles situaciones del tráfico jurídico, susceptibles de publicidad registral y apariencia de veracidad, sería recomendable una interpretación amplia. Excluir ciertas posibilidades implicaría negar la realidad del tráfico jurídico y supondría una limitación de la protección del arrendatario de buena fe prevista dentro de la LAU.

Hay que manifestar que el precepto no exige que el arrendador haya actuado de buena fe. Por consiguiente, su buena o mala fe no es un elemento de valoración. Solamente se centra en la buena fe de la parte arrendataria. No obstante, como señala la autora citada, la intencionalidad del arrendador puede ser relevante para valorar la «apariencia de veracidad» imputable al verdadero propietario de la vivienda⁹³.

Fijado el marco teórico, diferentes tribunales han admitido la continuidad del arrendamiento, con base al art. 13.3 de la LAU, desestimando acciones civiles o penales interpuestas por el verdadero propietario. Primeramente, nos centraremos en un caso de la Audiencia Provincial de Madrid. Su fallo se apoya en la creación de un «dueño aparente» por actos imputables –o por pasividad– del titular registral del inmueble:

La vivienda, situada en Getafe, fue adquirida por una sociedad mercantil en 2019, constando así en el Registro de la Propiedad. A pesar de ello, D. Anselmo, que era el antiguo propietario, permaneció en la posesión pacífica de la finca durante cuatro años. Como conservaba la posesión de la finca, en 2022 firma un contrato de arrendamiento con Dña. Valentina, quien realizó un desembolso económico real –pagó 3.000 euros en total (2250 de fianza y 750 por el primer mes de alquiler–. Dña. Valentina, no entró en la casa de forma ilegal o violenta, recibió las llaves del portal y de la casa de manos de quien ostentaba la posesión. La sentencia destaca que la sociedad demandante, titular desde 2019, no realizó ningún acto para recuperar la finca ni dejó constancia de su legitimidad ante terceros durante casi tres años. Esta inactividad permitió que se consolidara una situación anómala donde Anselmo actuaba ante el público como un «dueño aparente». Como señala la resolución, todo ello «ha creado un estado de cosas que ha permitido a la hoy demandante creer que el señor con el que suscribió el contrato de

⁹⁰ «De nuevo la Ley nos lleva al Registro de la Propiedad, que llegará a ser un trámite totalmente necesario para la tranquilidad del arrendatario en contratos actuales y futuros, ya que, si el arrendador no aparece como propietario, lo mejor es no arrendar, salvo situaciones muy claras en las que, aun a falta de inscripción registral, no haya dudas sobre la propiedad o en las que las apariencias sean tales que así sea reconocido por todos. Un ejemplo válido sería que el arrendador aparezca como titular en la Comunidad de Propietarios, que en dicha condición pague los recibos del Impuesto de Bienes Inmuebles, que tenga a su favor la Cédula de Habitabilidad y otros ejemplos similares, pero lo cierto es que la situación del arrendatario ha cambiado completamente y ahora la buena fe es de carácter secundario y supletorio, y deberá tener una interpretación restrictiva, por la sencilla razón de que la actual LAU nos remite a la publicidad registral como primera norma de garantía». LOSCERTALES FUERTES, *Arrendamientos Urbanos. Legislación y comentarios*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 144.

⁹¹ «[...] esta protección registral del contrato de arrendamiento concertado por el arrendador non domino responde a la confianza depositada por el arrendatario en el Registro de la Propiedad basada en el principio de fe pública registral, conformando una protección del arrendatario *ex lege*». ESTANCONA PÉREZ, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 791, 2022, p. 1558.

⁹² ESTANCONA PÉREZ, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 791, 2022, p. 1557.

⁹³ ESTANCONA PÉREZ, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 791, 2022, p. 1557.

arrendamiento tenía facultades de disposición sobre la vivienda». Siendo así, desestima la demanda de juicio verbal de desahucio por precario contra los ignorados ocupantes del inmueble, con base al art. 13.3 LAU (SAP Madrid, Sección 14ª, de 26 de septiembre de 2024 [ECLI:ES:APM:2024:13776])⁹⁴.

Podemos traer a colación también un caso favorable al arrendatario, de la Audiencia Provincial de Tarragona, que atiende a la «apariencia registral» existente en la fecha de celebración del contrato de arrendamiento:

«El demandante, la sociedad Casupo, adquirió la propiedad de una vivienda en Calafell mediante un Decreto de cesión en remate de 2020, derivado de un procedimiento de ejecución hipotecaria contra la anterior propietaria, la mercantil Inmopen. Aunque el demandante obtuvo la posesión material el 12 de marzo de 2021, no inscribió su título en el Registro de la Propiedad de manera inmediata. En ese periodo de tiempo, el administrador de la antigua sociedad propietaria, aprovechando que seguía figurando como titular registral, accedió a la vivienda y formalizó un contrato de arrendamiento con Dña. Custodia, con fecha de 1 de abril de 2021. La arrendataria concertó el arriendo tras consultar una nota simple donde Inmopen, S.L. aún aparecía como dueña. De hecho, depositó la fianza en una agencia competente y acreditó el pago de las rentas. La sociedad Casupo alegó que la entrada fue una “reocupación ilegítima” y que el contrato era fraudulento e inoponible, al haber sido firmado por alguien que ya no tenía facultades para vender o alquilar. Aun así, y tras presentarse la demanda de juicio de desahucio por precario contra los ignorados ocupantes, el tribunal desestima la demanda por la “apariencia registral” existente al celebrarse el contrato de arrendamiento. La sociedad actora no fue diligente inscribiendo su propiedad y, además, no probó que la arrendataria actuara de mala fe, es decir, que conociera que el arrendador ya no era el propietario. Con base a lo anterior, la resolución determina que sí existe un título (el contrato de arrendamiento) que es válido frente al nuevo propietario debido a la protección que brinda la Ley de Arrendamientos Urbanos» (SAP Tarragona, Sección 3ª, de 10 de septiembre de 2025 [ECLI:ES:APT:2025:1486]).

Esta posibilidad abre la puerta a la creación de contratos de arrendamiento de vivienda ajena atendiendo a la información registral de la vivienda, con la finalidad de amparar en un futuro a la parte arrendataria. Lo decisivo será vislumbrar la «buena fe» del «ocupante inquilino» al suscribir el contrato.

Otras resoluciones han desestimado las peticiones de la parte arrendataria, porque el arrendador no aparecía en el momento de otorgarse el contrato como propietaria del inmueble en el Registro de la Propiedad o por no justificar en absoluto que pareciera serlo en razón de un

⁹⁴ En este mismo sentido, destaca otro caso judicial: «Y en efecto es cierta la existencia del meritado contrato de arrendamiento sobre la vivienda objeto de litis, que en principio podría enervar la acción desahucial de precario ejercitada por la parte apelada puesto que esta acreditado que la recurrente concertó un contrato de arrendamiento con quien parecía era su propietario y tenía relación de disposición directa figurando como arrendador, el Sr. Rubén , y así consta aportado a los autos un contrato de arrendamiento suscrito por la recurrente con este señor y una carta de quien se identifica como letrado del arrendador Sr. Rubén solicitando a la arrendataria demandada el pago de rentas atrasadas, por lo que estaríamos en presencia de un contrato de arrendamientos de vivienda ajena concertado por la arrendataria de buena fe con la persona que aparece como propietario de la finca en virtud de un estado de cosas cuya creación podía ser imputable al verdadero propietario (art.13 LAU), pues no se entiende de otro modo que de manera pública y pacífica viniera gestionando el alquiler de la vivienda y cobrando para sí su renta o bien ante un supuesto de subarriendo concertado por quien en realidad era arrendatario del actor apelado, el Sr. Rubén , con la recurrente que se extinguiría tras la resolución del vínculo arrendaticio que unía a este señor con el propietario de la vivienda demandante» (SAP Las Palmas de Gran Canaria, Sección 5ª, de 17 de marzo de 2023, [ECLI:ES:APGC:2023:679]).

estado de cosas imputable al verdadero propietario⁹⁵. En este sentido, podemos destacar la siguiente resolución:

«La buena fe de los demandados debe presumirse cuando en las tres ocasiones antes mencionadas (2015, 2018 y 2020) concertaron los contratos de arrendamiento aportados con la contestación con quien dijo actuar en nombre de la entidad propietaria del inmueble y plasmó en los documentos su sello. Pero la ley exige algo más: que la persona con la que se ha concertado el contrato aparezca como propietario de la finca en el Registro de la Propiedad -y sabemos que ERBECEDO GALICIA S.L. ya no era titular registral en 2015, [...] y que DIVARIAN PROPIEDAD S.A. figura como titular registral desde 2018- o que parezca serlo en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, y en este caso nada permite deducir o suponer que BBVA o su causahabiente DIVARIAN hayan contribuido, consciente o inconscientemente, a investir a la antigua propietaria de un poder de disposición sobre el uso y disfrute de la finca, o de una apariencia de titularidad en la que los terceros pudiesen confiar. [...] Lo relevante a estos efectos es que los contratos de arrendamiento han sido otorgados por quien manifiestamente carecía de facultades dispositivas propias o por cesión o en representación del propietario, y que, fuera del caso previsto en el apartado 3 del artículo 13 de la LAU, la posesión fundada en contratos otorgados por quien simula ser propietario no se puede oponer válidamente al titular legítimo. [...] es claro que los apelantes no ostentan en este caso título alguno que pueda ser oponible al verdadero propietario, que es DIVARIAN PROPIEDAD S.A.» (SAP A Coruña, Sección 4ª, de 19 de febrero de 2024, [ECLI:ES:APC:2024:392]).

Hay que recordar que antes de analizar tal cuestión del art. 13.3 LAU, primeramente hay que examinar si existe un contrato real de arrendamiento (es decir, con entrega de fianza, adelanto o pago de las rentas mensuales, etc.):

«la Ley 29/1994 de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos concede validez y eficacia a un contrato de arrendamiento urbano de vivienda concertado con una persona que no es la dueña (arrendamiento de vivienda ajena) y que no puede ser desconocido por el propietario de la vivienda, regulándolo, en la actualidad, en el apartado 3 del artículo 13 [...]. Ahora bien, antes de entrar a analizar la concurrencia de los requisitos que exige la ley para la validez y eficacia del contrato de arrendamiento de vivienda ajena frente al propietario que quedaría privado de la acción de desahucio por precario, es imprescindible que el demandado de desahucio por precario acredite la existencia de ese contrato de arrendamiento urbano de vivienda ajena. Siendo así que, en el presente caso, no se ha practicado ni una sola prueba tendente a acreditar la existencia del alegado contrato de arrendamiento urbano de vivienda ajena» (SAP Baleares, Sección 5ª, de 18 de junio de 2025, [ECLI:ES:APIB:2025:1846]).

Tal es así que alguna resolución ha excluido su aplicación cuando el contrato es nulo de pleno de derecho⁹⁶. Este argumento es de especial interés, en ciertos casos, para intentar sostener que el arrendatario pueda hacer uso de la “oponibilidad temporal” que aparece prevista en el art. 13.3 LAU.

5. Reflexiones finales

El propósito del presente trabajo ha sido realizar una primera aproximación al arrendamiento de vivienda ajena, una realidad de escaso estudio por la doctrina, pero con incipiente interés en sede judicial. Era necesario abrir un debate en torno a su validez contractual y, cómo no, atisbar

⁹⁵ SAP Palma de Mallorca, Sección 5ª, de 16 de octubre de 2025, [ECLI:ES:APIB:2025:2603]; SAP Murcia, Sección 4ª, de 2 de mayo de 2024 [ECLI:ES:APMU:2024:1248]; SAP Las Palmas, Sección 4ª, de 15 de septiembre de 2023 [ECLI:ES:APGC:2023:1687]; SAP Madrid, Sección 21ª, de 22 de septiembre de 2022 [ECLI:ES:APM:2022:13921]; SAP Girona, Sección 1ª, de 3 de octubre de 2022, [ECLI:ES:APGI:2022:1227]; etc.

⁹⁶ SAP Tarragona, Sección 3ª, de 26 de octubre de 2023 [ECLI:ES:APT:2023:1407].

los mecanismos de defensa de que disponen el propietario –u otro titular legítimo– y el arrendatario. Ello, sobre todo, cuando estamos presenciando un auge de “arrendamientos falsos, simulados o aparentes” por distintos fines, como el fraude inmobiliario o la ocupación de inmuebles.

Resulta sugerente, como primera conclusión jurídica, que nuestro Derecho abra la puerta a un contrato de arrendamiento celebrado por una persona sin título legítimo y que tal negocio pueda ser, en principio, válido entre las partes, dado su carácter obligacional. Su validez no está, pues, supeditada a la titularidad legítima del arrendador en el momento de perfección del contrato. Una persona puede arrendar un inmueble ajeno, aunque no disponga de título suficiente, siempre que cumpla con sus obligaciones contractuales. Negar lo anterior iría en contra de la validez admitida respecto a la venta de cosa ajena. Si bien, dicho contrato solamente tendría efectos entre las partes contratantes, salvo excepciones. Aunque se acepte la tesis de su validez, según las circunstancias del caso concreto, existen argumentos para sostener y defender su anulabilidad o nulidad de pleno derecho. En particular, cabe destacar la posible existencia de error en la persona, dolo o engaño, objeto imposible (ej. vivienda pública) o causa ilícita, entre otros. Tales argumentos permiten luchar frente a contratos falsos, simulados o fraudulentos, que afecten al verdadero propietario o, en su caso, a la parte arrendataria de buena fe; y que, además, puedan encubrir la comisión de ilícitos penales (estafa inmobiliaria, usurpación, allanamiento de morada, falsedad documental, estafa procesal, etc.). Visto de esta forma, se ha buscado exponer las distintas tesis sobre su (in)validez contractual: validez, anulabilidad y nulidad absoluta.

Lo sostenido en el párrafo anterior es de suma importancia ante la necesidad de definir la estrategia jurídica a seguir por las partes afectadas: el verdadero propietario –o titular de otro derecho legítimo–, desposeído; y la parte arrendataria, siempre que haya actuado de buena fe al suscribir la relación arrendaticia.

Respecto al primer sujeto, resulta contraproducente e inapropiado indicar qué estrategia debe seguir para defender sus intereses ante la existencia de un contrato de arrendamiento de vivienda o inmueble ajeno, permaneciendo el «arrendatario-ocupante». Nuestro ordenamiento jurídico ofrece múltiples opciones (acciones civiles y penales), con diferentes características, ventajas e inconvenientes, por lo que el camino procesal a elegir debe estudiarse con detenimiento. Se trata de una elección compleja, en algunos casos muy difícil, y que puede comportar resultados, consecuencias y efectos distintos. En cuanto a las acciones civiles, habrá que analizar intereses a satisfacer, condición del demandante (persona física o jurídica), tipo de inmueble (vivienda, local, etc.), plazos para interponer las acciones, posible acumulación de otras acciones, posibilidad de discernir en el procedimiento la validez o nulidad del contrato de arrendamiento, la obligación de acudir a los MASC⁹⁷ o al procedimiento de conciliación e intermediación de la LDV, la vulnerabilidad social del «arrendatario-ocupante», cuestiones de legitimación activa y pasiva, plazos de duración de los procesos, etc. Nos encontramos con un abanico extenso de factores que deben ser objeto de análisis y valoración por la defensa jurídica del verdadero propietario o titular legítimo. Respecto a la vía penal, en estos casos es de sumo

⁹⁷La actividad negociadora no será necesaria en los procesos que tengan por objeto “la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute” (art. 5.2 de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia).

interés la denuncia por delito de usurpación pacífica de bienes inmuebles y la opción de juicio rápido.

La exposición de tales acciones y factores de consideración, así como de múltiples casos resueltos en sede judicial, sirven para arrojar luz, aunque también sombras, a los operadores jurídicos. Conocer la práctica judicial es de especial interés para trazar una estrategia procesal óptima y eficaz.

Sucede pues, que nuestras leyes no ponen fácil defender los intereses quebrantados de los verdaderos propietarios o titulares de viviendas o inmuebles, que han sido objeto de arrendamiento por personas sin título; sobre todo, cuando la parte arrendataria permanece en el inmueble. Más aún, si observamos el derecho de arrendamiento a favor de arrendatarios de buena fe (art. 13.3 LAU). En este sentido, se comprende la difícil posición jurídica de los titulares legítimos.

En cuanto a la parte arrendataria, que haya actuado de buena fe, difícilmente podrá interponer acciones civiles y penales si el contrato se suscribió con un «falso arrendador», sobre todo, si no fuera posible su identificación (identidad simulada, documentos falsificados, etc.). De ser viable, tiene a su disposición acciones civiles frente al «arrendador sin título» (resolución, anulabilidad, saneamiento por evicción, etc.) y penales, por la posible comisión de ciertos delitos (delito de falsedad documental, de estafa inmobiliaria, etc.). Para evitar acabar en tal contexto, lo recomendable, antes de firmar cualquier contrato de arrendamiento, es verificar la correcta identidad y legitimidad del arrendador (información registral y/o catastral, exactitud de documentos públicos y privados, etc.). Una actitud preventiva puede sortear problemas futuros (pérdida de cantidades económicas entregadas, acusaciones de usurpación, desalojo del inmueble, apertura de procesos civiles o penales, etc.). De igual forma, puede garantizar la continuidad en la vivienda, en virtud del art. 13.3 LAU –gracias a la publicidad registral o la apariencia de dueño–.

El análisis precedente muestra el contexto, los riesgos y la problemática actual del arrendamiento de vivienda o inmueble ajeno. Por tal razón, cabe considerar si resulta oportuno perpetuar la posible validez y eficacia de tales arrendamientos, con base a la teoría general de la obligación y del contrato, generadora de numerosos problemas y efectos negativos. Ciertamente, su admisión puede favorecer el tráfico jurídico –puesto que permite contratar sin una investigación exhaustiva– y el riesgo se redistribuye, dado que existen acciones que permiten, por un lado, su neutralización por el verdadero propietario o titular de un derecho real –pues, salvo excepciones, es inoponible– y, por otro, la defensa de los intereses de la parte arrendataria. No obstante, su admisión genera más inconvenientes que ventajas al verdadero titular (introduce títulos aparentes, obliga a litigar, retrasa la recuperación del bien, le impone cargas no queridas –art. 13.3 LAU–, debilita la exclusividad del derecho de propiedad u otros derechos reales, etc.). Nuestro Derecho lo arroja a un espacio laberíntico, tedioso y de incertidumbre jurídica.

Dentro de este orden de ideas, habría que sopesar si sería oportuno plantear una reflexión de *lege ferenda* acerca de la conveniencia de revisar el actual y escaso tratamiento jurídico del arrendamiento de cosa ajena. Al igual que el ordenamiento jurídico francés –que declara la nulidad de la venta de cosa ajena–, puede que lo recomendable sea efectuar una reforma del Código Civil que prohíba la venta y arrendamiento de cosa ajena y, por consiguiente, que una

persona pueda enajenar o arrendar una vivienda sin titularidad alguna. Una «pincelada legal», bien articulada, cerraría ciertos debates y problemas jurídicos. De hecho, contamos con instrumentos para ello (notariado, inscripción de arrendamientos en el Registro de la Propiedad, organismos de vivienda estatales o autonómicos, etc.). Asimismo, y cómo no, la vía judicial o procesal, para defender los intereses legítimos de las partes afectadas, es muy mejorable (plazos de resolución, trámites, presupuestos, etc.). Si bien, es un debate que no corresponde en este momento.

La propuesta anterior no tendría que implicar desproteger al arrendatario de buena fe –aunque considero que el plazo previsto en el art. 13.3 LAU, destinado al arrendamiento de vivienda habitual, es excesivo, pudiendo rebajarse a un periodo de un año, a contar desde el momento en el que se verifique la nulidad del contrato, tiempo más que suficiente para buscar una alternativa habitacional–. Su tutela podría consistir en una protección temporal limitada y proporcionada, distinta de la actualmente prevista en el art.13.3 LAU, cuyo alcance resulta especialmente gravoso para el propietario u otro titular legítimo (usufructuario, superficiario, etc.). Y es que, no parece razonable que tales sujetos deban soportar las consecuencias jurídicas de actuaciones fraudulentas o ilegítimas de terceros, ni que se le impongan cargas derivadas de contratos celebrados sin su consentimiento ni intervención, máxime cuando tales contratos se utilizan, en la práctica, como instrumento para dificultar o retrasar la recuperación de bienes inmuebles o, en su caso, para cometer fraude o ilícitos penales⁹⁸. Una reformulación normativa en este ámbito contribuiría a reforzar la seguridad jurídica, fortalecer el tráfico inmobiliario y restablecer un equilibrio más adecuado entre los intereses en juego. Hay que reforzar la seguridad y protección legítima del titular legítimo, sin desproteger al arrendatario de buena fe. No obstante, no estamos solamente ante un debate jurídico, sino también político, ideológico o social, de difícil consenso.

Hecha esta invitación a la reflexión, que debe hacerse con la debida profundidad, en el momento actual nos encontramos ante un fenómeno jurídico complejo, que, ya sea en la fase contractual o procesal, requiere prudencia y análisis jurídico previo.

6. Bibliografía

ARNAU MOYA, Federico, «Procedimientos civiles para recuperar la posesión de inmuebles ocupados», *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 32, 2021, pp. 314-365.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo (coord.), *Okupación ilegal de viviendas. Paso a Paso. Análisis detallado de la okupación ilegal de viviendas y los procedimientos para recuperar la posesión*, Colex, A Coruña, 2023.

CUENA CASAS, Matilde, «Reflexiones en torno a la venta de cosa ajena», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 635, 1996, pp. 1433-1478.

CUENA CASAS, Matilde, «La defensa de la propiedad frente a la ocupación ilegítima de la vivienda», en *Vivienda y Derecho civil. Perspectivas actuales del derecho a la vivienda: XXIII*

⁹⁸ Recuérdese que el art. 251 CP castiga a las personas que, atribuyéndose una falsa facultad de disposición –por no haberla tenido nunca o por haberla ya ejercitado–, enajenan, gravan o arriendan un bien inmueble a otra persona, perjudicando a éste o a terceros.

Jornadas de la Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil (Burgos 2025), Atelier, Barcelona, 2025.

ESTANCONA PÉREZ, Araya Alicia, «Arrendamiento a non domino», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 791, 2022, pp. 1545-1578.

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro, SALAS CARCELLER, Antonio, MAGRO SERVET, Vicente, CARRASCO PERERA, Ángel, ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco Manuel, «¿Tiene el okupa protección posesoria?», *Actualidad Civil*, n.º 2, 2022.

HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada, *El contrato de compraventa civil*, Civitas, Navarra, 2013.

JIMÉNEZ LÓPEZ, María Nieves, *El ordenamiento jurídico español ante la ocupación ilícita de inmuebles. Derechos comprometidos y tutela procesal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

JIMÉNEZ PARÍS, José Miguel, *La ocupación de inmuebles en el Código Penal español*, Reus, Madrid, 2018.

JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción, «Ejecución hipotecaria y arrendamiento de vivienda tras los Reales Decretos-Leyes 21/2018 y 7/20191332», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 778, 2020, p. 1332.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos del derecho civil. II, Derecho de obligaciones. Volumen segundo, Contratos y cuasicontratos, delito y cuasidelito*, Dykinson, Madrid, 2013.

LOSCERTALES FUERTES, Daniel, *Arrendamientos Urbanos. Legislación y comentarios*, Dykinson, Madrid, 2020.

LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón, *Tutela civil de la vivienda okupada: ley por el derecho a la vivienda y juicios por desahucio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2025.

QUICIOS MOLINA, Susana, «Del contrato de arrendamiento», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

REMÓN PÉREZ, Cristina, «La tutela posesoria civil frente a la ocupación ilegal. Interdictos, desahucios y acciones sumarias tras la Ley 5/2018 y la Ley 12/2023 de Vivienda», *Diario La Ley*, n.º 10752, 2025.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia, «El Contrato de Arrendamiento de cosas en el Código Civil», en SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, 12.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 311-325.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LACRUZ BERDEJO, José Luis; LUNA SERRANO, Agustín, *Elementos de derecho civil III: derechos reales*. Volumen primero: posesión y propiedad, 2.^a edición, Dykinson, Madrid, 2016.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela, «Artículo 1546. Arrendador y arrendatario», en CAÑIZARES LASO, Ana (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela, «Disposiciones generales del contrato de arrendamiento (artículos 1542 a 1545 CC)», en CAÑIZARES LASO, Ana et al. (dirs.), *Código Civil Comentado*. Volumen IV, 2.^a edición, Civitas, Navarra, 2016.

TENORIO SÁNCHEZ, Pedro J. y CABALLERO TRENADO, Laura, «Una inaplazable respuesta integral a la ocupación ilegal», *Actualidad Civil*, nº 6, 2024, [LA LEY 21227/2024].

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de; SERRA RODRÍGUEZ, Adela (coord.), *Derecho civil III : (derechos reales)*, 9.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

La Nueva Ciencia Jurídica en el Estado Penal Dual: el análisis crítico del Derecho y la legitimidad del poder estatal

Con comentario de Manuel Cancio Meliá

Sumario

La Nueva Ciencia Jurídica es un enfoque para el estudio del Derecho que pretende llevar el discurso jurídico más allá de su tradicional parroquialismo, salvando la división entre los sistemas de Common law y de Derecho civil, marcada por el abandono del proyecto de «ciencia jurídica» en el primero y su persistencia en el segundo. Así preconcebido, el estudio del Derecho nos permitiría encuadrar y afrontar cuestiones fundamentales a las que se enfrentan todos los sistemas jurídicos modernos como tales, la más importante de las cuales es la legitimidad del poder estatal a través del «Derecho». La parte I expone los fundamentos del enfoque de la Nueva Ciencia Jurídica para el estudio del Derecho. La parte II muestra brevemente este enfoque en acción, aplicándolo al estudio del Derecho penal, ahora reconsiderado como parte de un completo análisis crítico del poder penal estatal desde las perspectivas del Derecho y la policía como dos modos de gobernanza en el estado penal dual. En la Nueva Ciencia Jurídica el Derecho penal pasa de la periferia al centro de la indagación: como manifestación más impresionante del poder estatal a través del Derecho, el Derecho penal plantea el reto de la legitimidad del Derecho moderno del modo más agudo y urgente.

Abstract

New Legal Science is an approach to the study of law that aims to push legal discourse beyond its traditional parochialism by bridging the divide between common law and civil law systems, marked by the abandonment of the project of 'legal science' in the former and its persistence in the latter. Thus reconceived, the study of law would allow us to frame and face fundamental issues confronting all modern legal systems as such, most importantly the legitimacy of state power through 'law.' Part I lays out the basics of a New Legal Science approach to the study of law. Part II briefly shows this approach in action by applying it to the study of penal law, now reconsidered as part of a comprehensive critical analysis of state penal power from the perspectives of law and police as two modes of governance in the dual penal state. In New Legal Science, penal law moves from the periphery to the core of inquiry: as the most awesome manifestation of state power through law, penal law poses the legitimacy challenge of modern law most acutely and urgently.

Zusammenfassung

Die Neue Rechtswissenschaft ist eine neue Perspektive für die Untersuchung des Rechts, die den traditionellen Provinzialismus des Rechtsdiskurses zu überwinden, indem sie die Kluft zwischen den Rechtskreisen des Common Law und des Civil Law zu überbrücken versucht – eine Kluft, die durch die Verwerfung des Projekts "Recht als Wissenschaft" im ersteren und dessen Fortbestehen im letzteren geprägt ist. So eröffnet das Studium des Rechts die Möglichkeit, die grundlegenden Herausforderungen, denen sich alle modernen Rechtssysteme gegenübersehen, systematisch zu erfassen und als solche zu adressieren, allen voran die Legitimierung staatlicher Macht durch „Recht“. Im ersten Teil des Beitrags werden zunächst die Grundzüge der Neuen Rechtswissenschaft als Ansatz zur Erforschung des Rechts dargelegt. Der zweite Teil exemplifiziert den Ansatz sodann anhand des Strafrechts, dessen Erforschung im Rahmen der Neuen Rechtswissenschaft zu einer umfassenden kritischen Analyse der staatlichen

Strafmacht aus der Perspektive der beiden Herrschaftsmechanismen im doppelten Strafstaat, „Recht“ und „Polizei“ fortentwickelt wird. Das Strafrecht rückt dabei von der Peripherie in den Mittelpunkt der Rechtsforschung: Als eindrucksvollste und schärfste Manifestation staatlicher Macht durch Recht stellt sich im Strafrecht die Frage nach der Legitimität des modernen Rechts so akut und dringlich wie nirgends sonst.

Title: *New Legal Science in the Dual Penal State. Critical Analysis of Law and the Legitimacy of State Power*

Titel: *Neue Rechtswissenschaft im doppelten Strafstaat – Kritische Analyse des Rechts und die Legitimität der Staatsmacht*

-

Palabras clave: *Ciencia jurídica internacional, Derecho penal y poder de policía, legitimidad del poder penal estatal*

Keywords: *International legal science, criminal law and police, legitimacy of state penal power*

Stichwörter: *Internationale Rechtswissenschaft, Strafrecht und Polizei, Legitimität staatlicher Strafgewalt*

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i2.06

-

-

1. *Hacia una Nueva Ciencia Jurídica*

- 1.1. Más allá del parroquialismo jurídico
- 1.2. Ciencia(s) jurídica(s)
- 1.3. La idea de una Nueva Ciencia Jurídica
- 1.4. El Análisis Crítico del Derecho
- 1.5. La Nueva Ciencia Jurídica y la Nueva Ciencia de la Policía

2. *La Nueva Ciencia Jurídica en el Estado Penal Dual*

- 2.1. El Derecho penal en el centro
- 2.2. Un análisis crítico de la posesión, entre el Derecho y la policía
- 2.3. El concepto esencialmente controvertido de la legitimidad del poder estatal

3. *Bibliografía*

«Nueva Ciencia Jurídica» y «Estado Penal Dual»: la búsqueda de una teoría penal y político-criminal transnacional. Comentario de Manuel Cancio Meliá

1. Un manifiesto: necesidad de una «Nueva Ciencia Jurídica»
2. Método y fundamentos
3. Hacia una agenda de discusión

-

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

1. Hacia una Nueva Ciencia Jurídica*

1.1. Más allá del parroquialismo jurídico

A lo largo de las últimas décadas han surgido regímenes jurídicos supranacionales para regular, o al menos ordenar, comportamientos y fenómenos (por ejemplo, la «pobreza global») fuera del alcance de los sistemas jurídicos nacionales tradicionales. A ramas conocidas del Derecho, como el Derecho internacional privado y público, se han unido regímenes como el Derecho penal internacional, el Derecho europeo, el «Derecho administrativo global», etc., todos ellos generando y quizás incluso haciendo cumplir normas de todo pelaje en un mundo más amplio y complejo que, como a menudo se nos recuerda, ha superado el viejo y cansado modelo del Estado-nación westfaliano¹.

Desde hace algún tiempo se dice que los sistemas jurídicos nacionales, más prosaicos, vienen convergiendo, lo que hace que la trillada distinción entre sistemas de «*Common law*» y de «Derecho civil» sea menos útil de lo que alguna vez pudiera haber sido. Por ejemplo, en un mundo en el que la existencia de la negociación de cargos (o de la confesión) ahora se reconoce ampliamente tanto en los sistemas de Derecho civil como en los de *Common law*, es bien posible que se haya vuelto difícil, y quizá inútil, trazar la línea, antes supuestamente categórica, entre el «juicio contradictorio» del *Common law* y el «proceso inquisitivo» del Derecho civil².

A lo largo de todo este proceso, los enfoques sobre el estudio del Derecho han permanecido curiosamente, e incluso fundamentalmente, divididos. Por un lado, los adoradores de la doctrina (*jurisprudes*) de los países de Derecho civil se ven a sí mismos como desarrolladores de su versión nacional de la «ciencia jurídica»; por otro, sus colegas del *Common law* afrontan su labor académica tratando la idea de la ciencia jurídica como un tabú o, en el mejor de los casos, como una curiosidad histórica³.

Si el estudio del Derecho ha de desprenderse de su persistente parroquialismo y evolucionar hacia una empresa académica compartida, merece la pena reconsiderar esta división categórica.

Sería deseable que esto pudiera hacerse sin caer en una investigación soporífera –y autoconscientemente «científica»– sobre qué formas de actividad intelectual humana cuentan como científicas, de modo que puedan espolvorearse con el polvo de hadas de la «ciencia», dando derecho a sus practicantes a ponerse las galas del verdadero científico, incluyendo la bata de laboratorio. El desarrollo de una ciencia jurídica común no tiene nada de mágico o inexorable. Al

* Autor de contacto: Markus D. DUBBER (markus.dubber@utoronto.ca), Facultad de Derecho y Centre for Criminology and Sociolegal Studies. Muchas gracias a los colegas de distinta formación disciplinar y subdisciplinar que, en la última década o así, han escuchado con admirable paciencia versiones de este artículo en Edimburgo, Frankfurt (en el Forschungskolleg Humanwissenschaften, la Facultad de Derecho y el entonces denominado Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte), Glasgow, Harvard, Hezliya, la Fundación Humboldt (Bonn), Institute of Advanced Legal Studies (Londres), London School of Economics, Oslo, Oxford, Science-Po y Tel Aviv. Traducción de Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (Universidad Complutense de Madrid).

¹ V. KINGSBURY/KRISCH/STEWART, «The Emergence of Global Administrative Law», *Law & Contemporary Problems*, (68), 2005, pp. 15 ss.

² Por ej., LANGER, «The Long Shadow of the Adversarial and Inquisitorial Categories», en DUBBER/HÖRNLE (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, pp. 887 ss.; DUBBER, «Comparative Criminal Law», en REIMANN/ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2019, pp. 1276 ss.

³ Ciencia jurídica, *Rechtswissenschaft*, *science juridique*, *scienza giuridica*, etc.

fin y al cabo, la convergencia académica en forma de algo parecido a un enfoque metodológico compartido podría lograrse no imaginando una ciencia jurídica aceptable para el mundo del *Common law*, sino extendiendo al mundo del Derecho civil la condición de tabú de la ciencia jurídica. En otras palabras, en lugar de rejuvenecer y ampliar colectivamente el proyecto de la ciencia jurídica, podríamos juntarnos abandonándolo de una vez por todas.

El enfoque aquí esbozado, la Nueva Ciencia Jurídica, no haría ni lo uno ni lo otro. No impone la concepción del estudio del Derecho propia de un sistema al otro. En lugar de eso, busca un término medio entre dos extremos insatisfactorios: la tabuización consciente de la ciencia jurídica, por un lado, y su continuación irreflexiva, por el otro. A fin de cuentas, poco importa si la base metodológica común resultante –o, menos ambiciosamente: la comprensión metodológica útilmente compartida–, se denomina «ciencia», no digamos ya «Nueva Ciencia Jurídica». La cuestión es animar a los académicos de ambos lados de la división entre sistemas a que reflexionen sobre sus propios hábitos metodológicos arraigados y hagan ajustes en sus calcificados presupuestos con el fin de dejar espacio para un nuevo comienzo, menos parroquial y más ponderado.

Dada la concepción compartida y profundamente arraigada de la teoría del Derecho como ciencia jurídica en todo el mundo del Derecho civil, y la ausencia general de una metodología disciplinar en el mundo del *Common law*, la perspectiva de desarrollar una «nueva» ciencia jurídica intersistémica parece más prometedora que la de crear una metodología jurídica explícitamente acientífica desde cero. Al mismo tiempo, cualquier ejercicio de reflexión metodológica corre el riesgo de descender a la contemplación del propio ombligo, improductiva y, en este caso, también contraproducente. Un rasgo común a las diversas instancias de teoría del Derecho del *Common law* dispersas por las antiguas tierras del Imperio Británico puede ser la falta casi total de interés por la especulación metodológica. Esta reacción alérgica puede ser digna de elogio, pero no debería impedir la aparición del tipo de entendimiento metodológico compartido necesario para crear una empresa académica común en el Derecho; dado que las cuestiones metodológicas básicas surgen inevitablemente una vez que una disciplina sale de sus fronteras, la falta de curiosidad metodológica puede no ser más que un síntoma revelador precisamente del tipo de parroquialismo que estamos tratando de superar⁴.

1.2. Ciencia(s) jurídica(s)

Un proyecto no parroquial de estudios jurídicos destinado a aunar las corrientes de la ciencia jurídica en los mundos del *Common law* y del Derecho civil haría bien en emprender una renovada investigación histórico-comparativa de las concepciones de la ciencia jurídica a ambos lados de la división metodológica. Sin predecir los resultados de tal estudio, lo que excedería con mucho los límites de este ensayo, hay razones para sospechar que resultará que no hay nada intrínsecamente equivocado, imposiblemente contradictorio, etc. en el proyecto de «ciencia jurídica» –o «Derecho como ciencia»– en sí mismo. El problema no es la idea de ciencia jurídica, sino sus manifestaciones particulares –o caricaturas– en la historia reciente del Derecho como materia académica.

⁴ Una concepción ampliamente compartida de su objeto es conducente, quizás incluso necesaria, para superar el parroquialismo; pero no es suficiente. El intercambio internacional fructífero también exige el desarrollo de un cuerpo compartido de textos fundacionales primarios y secundarios, así como de trabajos de referencia, colecciones, recursos, materiales didácticos, revistas y otros foros de acceso fácil y gratuito (preferiblemente online).

Por lo que respecta al *Common law*, las invocaciones a la «ciencia jurídica» en los EE. UU. del siglo XIX, y antes en Inglaterra, han recibido una atención considerable, como una cuestión de historiografía jurídica tradicional, a menudo en el contexto de la historia de la enseñanza del Derecho o la de la escritura jurídica⁵. Por ejemplo, la historia del auge (y caída) del tratado en el Derecho angloamericano se ha contado de forma conjunta con la de la suerte cambiante de la ciencia jurídica angloamericana⁶. En la intersección de las historias inglesa y estadounidense de la ciencia jurídica (y de sus géneros) se encuentra el conocido desdén de JEFFERSON por los intentos de BLACKSTONE de presentarse como un científico del Derecho en los *Commentaries on the Laws of England*; JEFFERSON prefirió en su lugar consultar «las profundas y ricas minas de Coke y Littleton» cuyos modestos *marginalia* no presumían de meter con calzador las múltiples maravillas del *Common law* en la camisa de fuerza de la taxonomía y la sistematicidad científicas, por muy elegantes y engañosamente coherentes que fueran⁷.

La eventual desaparición de la ciencia jurídica de la faz de la tierra iusteórica angloamericana en el siglo XX ha atraído menos atención. Tan desenfocada ha parecido desde entonces la idea misma de considerar los estudios jurídicos una «ciencia» que su extravagancia –y su desaparición– no requiere explicación. No obstante, si se pidiera, por ejemplo por un visitante de otro planeta, o de un país de Derecho civil, la desaparición de la ciencia jurídica probablemente se asociaría vagamente con ese generalmente reconocido como gran punto de inflexión en la historia de la teoría del Derecho estadounidense, cuando el Realismo Jurídico vertió ácido cínico sobre todas las viejas formas de pensar y hacer, en este caso diluyendo el barniz de científicismo que recubría la tosca empresa de la retórica del Derecho⁸.

La sencilla atribución de la muerte de la ciencia jurídica al «realismo jurídico estadounidense» está madura para su reconsideración; incluso una investigación superficial sugiere una imagen más compleja⁹. Está claro que algunos realistas jurídicos no tenían paciencia con lo que consideraban –o al menos describían– como una concepción formalista cuasi botánica de la ciencia jurídica (que, con razón o sin ella, atribuían a LANGDELL); que descartasen por completo el proyecto de la ciencia jurídica (o el proyecto científico de la teoría del Derecho) resulta bastante menos claro.

Incluso cuando el discurso en términos de «ciencia jurídica» fue desvaneciéndose a mediados del siglo XX y finalmente dio paso al menos cargado y metodológicamente ambicioso discurso del

⁵ P. ej., MACIAS, *Legal Science in the Early Republic: The Origins of American Legal Thought and Education*, 2016; SCHWEBER, «The 'Science' of Legal Science: The Model of the Natural Sciences in Nineteenth-Century American Legal Education», *Law & History Review*, (17-3), 1999, pp. 421 ss.; BERMAN/REID, «The Transformation of English Legal Science: From Hale to Blackstone», *Emory Law Journal*, (45), 1996, pp. 437 ss.

⁶ P. ej., SIMPSON, «The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature», *University of Chicago Law Review*, (48), 1981, pp. 632 ss.; v. de forma general FERNÁNDEZ/DUBBER (eds.), *Law Books in Action: Essays on the Anglo-American Legal Treatise*, 2012.

⁷ JEFFERSON RANDOLPH, «Carta a John Tyler, de 17 de junio de 1812», en JEFFERSON RANDOLPH (ed.), *Memoirs, Correspondence, and Private Papers of Thomas Jefferson*, 1829, pp. 182 ss.

⁸ Sobre el ácido cínico v. HOLMES, «The Path of the Law», *Harvard Law Review*, (10), 1897, p. 462. Sobre HOLMES acerca de la ciencia en el Derecho v. YNTEMA, «Mr. Justice Holmes View of Legal Science», *Yale Law Journal*, (40), 1931, pp. 696 ss.; cf. WELLS, «Holmes on Legal Method: The Predictive Theory of Law as an Instance of Scientific Method», *Southern Illinois University Law Review*, (18), 1994, pp. 329 ss.

⁹ CAIRNS, *The Theory of Legal Science*, 1941; LLEWELLYN, «The Theory of Legal 'Science'», *North Carolina Law Review*, (20), 1941, pp. 1 ss.; GOBLE, «Law as a Science», *Indiana Law Journal*, (9), 1933, pp. 294 ss.; COHEN, «Philosophy and Legal Science», *Columbia Law Review*, (32), 1932, pp. 1103 ss.; YNTEMA, *Yale Law Journal*, (40), 1931; KANTOROWICZ/PATTERSON, «Legal Science: A Summary of Its Methodology», *Columbia Law Review*, (28), 1928, pp. 679 ss.

Derecho como una «disciplina» entre otras, involucrada en el amistoso toma y daca de un más amplio contexto «interdisciplinar», otros proyectos académicos de índole jurídico-política continuaron reclamando el manto de la ciencia. Consideremos, por ejemplo, las grandes esperanzas depositadas en la «ciencia penal» como base para una reforma exhaustiva y sistemática del Derecho penal sustantivo y del Derecho penitenciario, que se manifiestan de la forma más clara en el ambicioso proyecto del Model Penal Code del American Law Institute¹⁰. El Model Penal Code fue un producto de la corriente Legal Process, que a raíz del New Deal marcó un giro hacia la «ciencia de las políticas públicas» en la teoría del Derecho estadounidense¹¹. La ciencia política estadounidense redobló su supuestamente distintivo compromiso con la cientificidad justo cuando se desvanecía el proyecto de la ciencia jurídica estadounidense¹². Posteriormente, el análisis económico del Derecho lanzó su todavía en curso proyecto integral de aportar los rigores de la «ciencia económica» a una disciplina del Derecho irremediabilmente privada de su cientificidad¹³.

En el ámbito del Derecho civil ha habido indicaciones tentativas de una apertura a revisar el paradigma savigniano de ciencia jurídica, de dos siglos de antigüedad¹⁴. Estos pueden aparecer en informes de comisiones que piden reformas institucionales más o menos ambiciosas de la enseñanza y la investigación jurídicas, que a menudo incluyen el cambio a un enfoque más interdisciplinar de los estudios jurídicos, o en literatura académica que reflexiona sobre cuestiones metodológicas generales, como la naturaleza y la función (o funciones) de la ciencia jurídica, la relación entre la teoría del Derecho y la dogmática (*Dogmatik, doctrine*), entre las ramas tradicionales de la ciencia jurídica (por ejemplo, Derecho privado, Derecho público, Derecho penal), y entre estas ramas y diversas disciplinas auxiliares (por ejemplo, historia, filosofía, criminología)¹⁵.

Incluso en su país de origen, a lo largo de sus siglos de existencia el modelo savigniano se ha enfrentado periódicamente a ataques enérgicos provenientes de varias direcciones¹⁶. Hasta ahora ninguno le ha dejado un rasguño. Queda por ver si el actual momento mini-metodológico desencadenará un replanteamiento más apreciable. Ciertamente, algunos países de la tradición del Derecho civil han sido más entusiastas que otros a la hora de reclamar e implementar cambios en la investigación y la enseñanza.

¹⁰ WECHSLER, «The Challenge of a Model Penal Code», *Harvard Law Review*, (65), 1952, pp. 1097 ss.; v. también RADZINOWICZ/TURNER (eds.), *The Modern Approach to Criminal Law: Collected Essays*, 1945.

¹¹ ESKRIDGE/FRICKEY, «The Making of *The Legal Process*», *Harvard Law Review*, (107), 1994, pp. 107 ss.; BERMAN/REID, *Emory Law Journal*, (45), 1996.

¹² CRICK, *The American Science of Politics: Its Origins and Conditions*, 1959.

¹³ HORWITZ, «Law and Economics: Politics or Science?», *Hofstra Law Review*, (8), 1980, pp. 905 ss. A HORWITZ le divertía lo que consideraba un intento descarado del movimiento de análisis económico del Derecho de ocultación de su agenda política tras pretensiones científicas jurídicas. También pensaba que el análisis económico del Derecho era una moda pasajera.

¹⁴ Para una exposición en inglés, v. REIMANN, «Nineteenth Century German Legal Science», *Boston College Law Review*, (31), 1990, pp. 837 ss.

¹⁵ P. ej., JESTAZ/JAMIN, *La doctrine*, 2004; ENGEL/SCHÖN (eds.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007; JESTAED/LEPSIUS (eds.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008; SMITS, *The Mind and Method of the Legal Academic*, 2012; v. también WISSENSCHAFTSRAT, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland: Situation, Analysen, Empfehlungen*, 2012.

¹⁶ V., p. ej., KIRCHMANN, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848; GNAEUS FLAVIUS (KANTOROWICZ), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906; WIETHÖLTER, *Rechtswissenschaft*, 1968; EL MISMO, *Rechtswissenschaft in Kritik und als Kritik*, 1973.

Muchas de las críticas que se han formulado o podrían formularse -o, en algunos casos, los prejuicios que se tienen- contra el proyecto de ciencia jurídica del Derecho civil les resultarán familiares a quienes estudian el pensamiento jurídico estadounidense del siglo pasado. He aquí una rápida lista de palabras clave, que -como es habitual en los esfuerzos necesariamente abreviados de este tipo- no tiene ninguna pretensión de ser exhaustiva ni completa. Por el contrario, tiene al menos tres adaptaciones, centrándose en: (i) Alemania (como el origen y todavía la manifestación más influyente -y rígida- del modelo de ciencia jurídica y, en términos generales, el representante más significativo de un sistema de Derecho civil), (ii) el Derecho penal (como el caso de prueba más parroquial, más importante y, por lo tanto, más prometedor para un nuevo comienzo metodológico) y (iii) aquellas características del modelo tradicional de ciencia jurídica que son menos compatibles con un proyecto metodológico no parroquial, en particular con uno impulsado por la necesidad de evaluar críticamente la legitimidad del poder estatal¹⁷:

- Formalismo (vacío): también etiquetismo, esloganismo, taxonomismo*.
- Positivismo (fingido) y «codificacionismo»: positivismo de conveniencia basado en los códigos¹⁸.
- Cientificismo apolítico como tapadera del conservadurismo (reaccionario), el estatismo, la discriminación (de género, raza, etnia, nacionalidad, condición política, económica, etc.).
- Dogmatismo cegado, simplista y unidimensional (la teoría del Derecho como análisis dogmático del Derecho).
- Superficialidad (mantenimiento periférico del sistema, colmado de lagunas dogmáticas y mejora incremental, sin interés por revisar las cuestiones fundamentales).
- Taxonomismo pseudobotánico: fetichismo pedante de la ley y el orden.
- Pseudologicismo y pseudomatematicismo (fetichismo del silogismo): pretensión de objetividad científica y «corrección» de las «soluciones».
- Ontologismo (la corrección como hecho, naturaleza, verdad, ser).
- Estilo declarativo, enunciativo: revelar verdades en lugar de argumentar, sermonear en lugar de convencer.
- Incompletitud, estrechez de alcance y perspectiva (a pesar de la declarada búsqueda de exhaustividad y sistematicidad)¹⁹.
- En la dogmática y el trabajo académico, centrarse en las normas abstractas antes que en el impacto, en la sustancia antes que en el proceso, en la definición antes que en la aplicación, y en la aplicación antes que en la ejecución.

¹⁷ Las fuentes citadas en las notas 15 y 16 *supra* repasan la mayoría de los puntos de la lista, y otros más. La lista refleja un foco en el Derecho penal, anticipando la discusión de la ciencia del Derecho penal en la parte II. Para un análisis metodológico más detallado de esta pequeña esquina -aunque para la Nueva Ciencia Jurídica significativa- del proyecto de ciencia jurídica, véase DUBBER, *The Dual Penal State: The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective*, en BROWN/TURNER/WEISSER (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, 2019, pp. 1 ss.; v. también JAKOBS, «Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin», en ENGEL/SCHÖN (eds.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, pp. 103 ss.; PAWLIK, «Strafrechtswissenschaftstheorie», en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, pp. 469 ss.

* [Nota del traductor: para un desarrollo del contenido de los neologismos incluidos en esta lista, v. DUBBER, *El Estado Penal Dual*, pp. 73 ss.]

¹⁸ MÜLLER, *Hitlers Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, 1987; v. DUBBER, «Judicial Positivism and Hitler's Injustice», *Columbia Law Review*, (93), 1993, pp. 1807 ss. (recensión).

¹⁹ P. ej., el foco en el Derecho privado (y, al menos en un principio, en el Derecho romano); en el Derecho penal, el foco en una brizna de la parte general del Derecho penal sustantivo.

- Parroquialismo (curiosamente, combinado con el universalismo, en el que el Derecho nacional refleja Lo Jurídico).
- Autorreferencialismo típico de un sistema herméticamente cerrado (cámara de eco).
- Planteamiento de silo (externo, frente a otras disciplinas y los sistemas jurídicos de otros países; interno, frente a otras ramas, «pilares» de la teoría del Derecho [Derecho privado, público, penal]).
- Irrelevancia y desconexión de la «práctica» (práctica jurídica, de la abogacía, legislativa, ejecutiva o judicial) y la «realidad» (condiciones sociales, económicas, políticas, etc.)²⁰
- Juguete intelectual para grandes mentes científicas jurídicas (juego de abalorios, cielo de los conceptos jurídicos)²¹.
- Jerárquica desde el punto de vista institucional y programático, dominada por los principales científicos y sus estudiantes/seguidores (escuelas).
- *Whiggish*/progresista, ahistórica: la marcha del progreso científico es inevitable.
- Elitista, expertista, reservada, tecnocrática, no democrática.
- Arrogancia: nacionalista (frente a los sistemas jurídicos de otros países), metodológica e institucional (frente a otras disciplinas, en particular las ciencias sociales: *sui generis*), y sistémica (frente a los tribunales en general y los jueces legos en particular, pero también «el legislador», pese a las reivindicaciones de positivismo).
- Fracaso ante una crisis aguda de legitimidad: p. ej., el papel de la ciencia jurídica alemana, especialmente en Derecho público y Derecho penal, entre 1933 y 1945.

En lugar de una impracticable (por no mencionar aburrida) revisión de los debates metodológicos a lo largo de los dos últimos siglos, esta lista pretende sugerir algunas cuestiones que podría merecer la pena mirar más de cerca en una reevaluación fundamental del proyecto tradicional de ciencia jurídica. El punto no es que estas críticas estén justificadas, que sean exclusivas de las iniciativas de teoría del Derecho basadas en la ciencia jurídica (en oposición a iniciativas de teoría del Derecho con otro encuadre, por ejemplo, en los países del *Common law*), o que vengan necesariamente motivados por la «cientificidad jurídica» de estas iniciativas (en oposición a otras características), no digamos ya por la idea de una ciencia jurídica en general. Por el contrario, la lista quiere sugerir el tipo de desafíos que seguirá afrontando toda base metodológica compartida de una disciplina jurídica no parroquial.

No resulta por tanto sorprendente que debiera resultar fácil compilar una lista similarmente variada de los defectos reales o supuestos del característicamente acientífico acercamiento a los estudios jurídicos asociado con los países del *Common law*. De hecho, uno podría encontrar bastante superposición entre los dos, además de puntos de diferencia complementaria²²:

- Acientífico: ninguna ciencia; ni siquiera se intenta construir, mantener y perfeccionar una ciencia del Derecho²³.
- Fetichismo de la crítica: una crítica tras otra, con poco interés por el trabajo constructivo, con algunas excepciones notables (por ejemplo, análisis económico del Derecho).

²⁰ P. ej., NAUCKE, «Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis», *Zeitung für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, (85), 1973, pp. 399 ss.

²¹ Una forma popular, y suave, de autocritica. V., p. ej., JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, 1884, pp. 245 ss.

²² Por comodidad, y para ofrecer contraste, esta lista está tan centrada en los EE. UU. como la anterior lo estaba en Alemania.

²³ Cf. DUBBER, «Die Anspruchslosigkeit des awissenschaftlichen Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (121), 2009, pp. 977 ss.

- Ningún método: descubrimiento y redescubrimiento esporádico y recurrente de temas de actualidad que podrían atraer la atención de los estudiantes de Derecho (de nuevo: pero v. el análisis económico del Derecho).
- En lugar de método, una atmósfera general de pragmatismo intransigente, combinada con el cinismo hacia las normas y un compromiso amplio con el consecuencialismo.
- Ningún sistema único, o multitud de sistemas: ninguna ambición de construir, ampliar, mejorar, mantener un sistema (o sistemas) dogmático.
- En la tradición del «*Common law*», el foco todavía está en los tribunales (a expensas de la gobernanza estatal legislativa y ejecutiva), lo que resulta en (i) foco en la vigilancia marginal de los límites del poder estatal, en lugar de en toda su profundidad y amplitud y (ii) puntillismo dogmático casuístico, basado en los hechos.
- Dentro de este estrecho proyecto, el enfoque limitado en los tribunales federales (de apelación), y más estrechamente aún en la jurisprudencia (constitucional) del Tribunal Supremo de los EE.UU., mientras que en la investigación y en la enseñanza se dejan sin atender los tribunales estatales, y en general el Derecho de los estados federados, incluso en áreas del Derecho centradas en torno a estos (por ejemplo, el Derecho penal).
- Insuficiente aparato conceptual para someter la doctrina jurídica a un análisis sistemático y exhaustivo, por no hablar ya de crítica (por ejemplo, el «principio del daño» en el Derecho penal estadounidense).
- Ausencia de tratados: no existen obras sistemáticas a gran escala sobre doctrina jurídica (de nuevo, con la excepción del análisis económico del Derecho)²⁴.
- Ausencia de un análisis del sistema jurídico de amplio alcance, sofisticado y multigeneracional que pueda sentar las bases de una crítica informada y exhaustiva (desde *The Legal Process* de HART y SACKS).
- Fin de los ambiciosos proyectos de reformulación y de códigos modelo del American Law Institute (incluido el Código Penal Modelo del ALI).
- Abandono a gran escala del análisis dogmático en las facultades de Derecho de élite y, con el tiempo, en las facultades de Derecho en general.
- En particular, desaparición del Derecho privado como objeto de análisis dogmático serio, lo que dio lugar a una concepción estrecha de la disciplina del Derecho.
- En términos más generales, una sensación generalizada de fatiga con el Derecho, que desencadenó la búsqueda de enfoques de investigación alternativos y una amplia aceptación de la investigación «interdisciplinar», de nuevo primero en las facultades de Derecho de élite y después en toda la enseñanza del Derecho.
- Participación superficial y amateur en investigación «interdisciplinar» que, de hecho, no consigue que participen interlocutores de disciplinas distintas del Derecho.
- Funcionalismo crudo orientado a los resultados, casuístico, basado en casos, que no deja lugar para el análisis basado en principios.
- En la dogmática y la investigación académica, la atención se centra en los hechos más que en las normas, en el impacto más que en los principios abstractos, en el proceso más que en la sustancia, en la aplicación más que en la definición, y en la ejecución más que en la aplicación.
- A pesar del posturo realista-jurídico, existe una gran brecha entre la doctrina y la «práctica», y los jueces piden regularmente a los juristas que produzcan trabajos que puedan guiar la toma de decisiones judiciales, mientras que los abogados se quejan con

²⁴ Comenzando por POSNER, *Economic Analysis of Law*, 1973; para un reciente panorama de los siguientes cincuenta años, v. KORNHAUSER, «The Economic Analysis of Law», en ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2022.

una persistencia similar de que los licenciados en Derecho no están preparados para la práctica de la abogacía y necesitan una amplia formación profesional.

- Formalismo apolítico, logicismo, «principalismo», dogmaticismo, etc. como tapadera del conservadurismo (reaccionario), discriminación (de género, raza, etnia, nacionalidad, estatus político, económico, etc.), que dio lugar al lanzamiento de una serie de movimientos críticos: por ejemplo, Realismo Jurídico, Derecho y Sociedad, Estudios Jurídicos Críticos, Derecho y Feminismo, Teoría Racial Crítica.
- Arrogancia: nacionalismo (frente a los sistemas jurídicos y la educación jurídica de otros países); imperialismo ideológico (el Derecho de EE.UU. y del Reino Unido como la manifestación más perfecta del Derecho y la justicia -incluso aunque difieran entre sí-); sentido de superioridad pedagógica y académica (estereotipos sobre el carácter sermoneador y el purismo dogmático del Derecho civil, no tocado por el «Derecho de la calle»).
- Fracaso ante una crisis aguda de legitimidad: por ejemplo, la Guerra contra el Delito - *War on Crime*- posterior a 1968.

Puede que estas listas, competidoras y complementarias, al final, no sean más que una colección de características más o menos familiares del «Derecho civil» y del «Common law» como tipos ideales o, peor, estereotipos. No pretenden ser contribuciones al prolongado juego de salón iuscomparatista «Derecho civil contra Common law». Con todo, hay formas menos productivas de concebir un proyecto de Nueva Ciencia Jurídica que como un intento de tender un puente entre estos dos sistemas (reales o inventados), movilizandolos sus respectivos puntos fuertes y dejando de lado sus debilidades parroquiales para que los esfuerzos dogmáticos jurídicos internacionales puedan de forma combinada aplicarse a un análisis crítico de la legitimidad del poder estatal a través del Derecho.

1.3. La idea de una Nueva Ciencia Jurídica

La Nueva Ciencia Jurídica sería una empresa esencialmente contextual, consciente de la contingencia de sus conceptos centrales, sin abandonar al mismo tiempo el esfuerzo por someter a un análisis crítico riguroso y sistemático un régimen jurídico, como el ejercicio por parte del Estado de su poder coercitivo a través del Derecho. En primer lugar, analizaría críticamente las normas constitutivas del régimen jurídico (principios, doctrinas, reglas, estándares, etc.), sus instituciones y prácticas a la luz de sus normas fundacionales (crítica externa: legitimidad). En segundo lugar, analizaría críticamente las normas, instituciones y prácticas constitutivas del régimen jurídico entre sí (crítica interna: coherencia, consistencia y cumplimiento).

No hay nada «nuevo» en el segundo tipo de análisis crítico (aunque, de hecho, la ciencia jurídica tradicional ha dedicado bastante menos esfuerzo a las cuestiones de cumplimiento que a las de coherencia y consistencia). Lo que es «nuevo» -y moderno- en la Nueva Ciencia Jurídica es su compromiso central con la crítica de la *legitimidad* del ejercicio del poder coercitivo del Estado por medio del Derecho.

La Nueva Ciencia Jurídica es, por tanto, una ciencia crítica normativa. A diferencia de otras ciencias («naturales», «empíricas», «sociales», «conductuales», «físicas», «duras», «ontológicas», etc.) o de concepciones de la ciencia jurídica derivadas de ellas, la vida de la Nueva Ciencia Jurídica no sería la verdad o los hechos, ni la lógica, ni (*pace* HOLMES) la experiencia, por sí mismos. No perseguiría, de nuevo por sí mismas, la descripción o sistematización precisa y completa –por no mencionar la belleza conceptual– de un cuerpo de doctrina jurídica, como en

las concepciones de la ciencia jurídica «pura» o «verdadera». En su lugar, la Nueva Ciencia Jurídica buscaría el análisis crítico del Derecho (*law*, *Recht*, *droit*, *diritto*), concebido como un modo fundamental de poder estatal coercitivo en drástica necesidad de legitimación continua.

Más concretamente, la Nueva Ciencia Jurídica buscaría un análisis crítico exhaustivo, continuo y sistemático del ejercicio del Derecho en el sentido particular, moderno, que surgió de la aplicación del proyecto global de crítica normativa de la Ilustración al ámbito político y que, desde entonces, ha llegado a moldear el pensamiento político y jurídico –en la teoría, pero definitivamente no de forma coherente en la práctica– en los países comúnmente denominados democracias liberales (por ahora dejen para otro día –y para otros más cualificados que yo– la importante cuestión de qué aspecto podría tener una ciencia jurídica moderna en otros sistemas o proyectos políticos).

La Nueva Ciencia Jurídica, en otras palabras, sería una ciencia jurídica para Estados ostensiblemente comprometidos con el proyecto del «Estado de Derecho», o *Rechtsstaat*; por lo tanto, no sería ni más ni menos «puramente» jurídica, o histórica o sistemáticamente no contingente, u objetiva, o lógicamente obligatoria o empíricamente determinada, que este proyecto más amplio (con independencia de si –y en tal caso, sobre qué base– ese proyecto se etiqueta como «ciencia» política). También estaría sujeta a las mismas dudas que cualquier otro proyecto científico, en una época en la que la pretensión de objetividad de la ciencia requiere una justificación constante, al igual que la propia idea de objetividad, así como las atribuciones de pericia que se basan en ella.

Estas dudas no han convertido en obsoleta la investigación científica en otros lugares. ¿Por qué deberían condenar a la ciencia jurídica? ¿Por qué no deberíamos perseguir una ciencia jurídica autorreflexiva y autocrítica, apropiadamente modesta y humilde, despojada de pretensiones de objetividad apolítica e inexorabilidad lógica y de pretensiones de influencia especial *ex officio* más allá de la fuerza del mejor argumento (o al menos de uno mejor informado)?

La Nueva Ciencia Jurídica no sería una panacea. Pero podría cumplir una función crucial en un Estado democrático moderno: el análisis crítico de la legitimidad del poder estatal en nombre del «Derecho».

1.4. El Análisis Crítico del Derecho

La Nueva Ciencia Jurídica perseguiría un análisis crítico del Derecho en el siguiente sentido²⁵. Sería *crítica* porque su objetivo sería la crítica del ejercicio del poder estatal a través del Derecho, tanto externa como interna (véase más arriba). Llevaría a cabo un *análisis* crítico porque la crítica sería inútil y desdentada si no se basara en un análisis exhaustivo, contextual y abierto del ejercicio del poder jurídico estatal bajo escrutinio. Este análisis sería el «*proprium*» (es decir, el objeto, así como la tarea) de la ciencia jurídica, y de aquellos que la practican, en el sentido directo de que se basa en la experiencia de personas instruidas en el análisis de las normas jurídicas, las instituciones y las prácticas²⁶. Este análisis deberá emplear todas y cada una de las herramientas disciplinares, metodológicas y epistemológicas disponibles, incluido, entre otros, el denominado análisis «dogmático» de las normas jurídicas, en un contexto sistemático

²⁵ V. de forma general el número especial «Critical Analysis of Law and the New Interdisciplinarity», *Critical Analysis of Law: An International & Interdisciplinary Law Review*, (1), 2012, pp. 1-142.

²⁶ Cf. ENGEL/SCHÖN (eds.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007.

(*Rechtsdogmatik, doctrine juridique*). Merece la pena insistir en este punto. El análisis jurídico ha tendido a caer en uno u otro bando: el análisis dogmático o el «interdisciplinar» (o «Derecho» o «Derecho &»), cada uno de los cuales descarta al otro como irrelevantemente ajeno o pintorescamente miope, respectivamente. Sin embargo, dar la bienvenida al análisis interdisciplinar no implica excluir el dogmático, es decir, el tipo de análisis para el que los juristas están especialmente cualificados. La Nueva Ciencia Jurídica es inclusiva y polifacética; para analizar de forma sistemática y exhaustiva el complejo régimen jurídico de un Estado moderno, tomará toda la ayuda que pueda conseguir.

Por último, y de manera crucial, la Nueva Ciencia Jurídica sería un análisis crítico del *Derecho*. Qué sea lo que esto signifique depende obviamente de la concepción que cada uno tenga del Derecho. Como se mencionó anteriormente, para los fines actuales estoy utilizando «Derecho» en un sentido específico (y ciertamente discutible), como un modo de gobernanza estatal que surgió de la crítica ilustrada del poder del Estado: legitimar el poder estatal era transformar el Estado de un Estado policial (*Polizeistaat, l'état de police*) en un Estado de Derecho (*Rechtsstaat, l'état de droit*), es decir, de un Estado gobernado a través de la policía (*Polizei, police*), a uno gobernado por medio del Derecho (*Recht, droit*). Ya he analizado la distinción entre policía y Derecho en otras ocasiones²⁷, remontándome a la interrelación entre heteronomía y autonomía en la gobernanza privada y pública, arraigada en la distinción entre gobierno doméstico y gobierno de la ciudad/Estado en las Atenas y Roma clásicas, es decir, entre *oikos* y *agora*, y entre *familia* y *fórum*, respectivamente. Para citar el conciso resumen de Jill LEPORE de este relato: «Bajo el imperio de la ley, las personas son iguales; bajo el imperio de la policía, no lo somos»²⁸.

En la Atenas clásica, la gobernanza del hogar (*oikos*) se basaba en la distinción radical entre sujeto (cabeza de familia) y objeto (hogar). El poder del cabeza de familia sobre los recursos animados e inanimados (humanos y no humanos) que constituían su hogar era discrecional e ilimitado, sujeto únicamente a unas directrices de prudencia autoimpuestas y autocontroladas, recogidas ocasionalmente en manuales sobre el arte y la ciencia de la gestión doméstica, *oikonomikos*²⁹, precursores de los posteriores *Hausväterliteratur* y *Fürstenspiegel*³⁰, y mucho más tarde de los manuales para propietarios de esclavos de antes de la Guerra Civil en el Sur de Estados Unidos³¹. En la esfera pública del *agora*, por el contrario, el gobierno descansaba en la identidad de sujeto y objeto: el gobierno de la ciudad/Estado de los cabezas de familia por los cabezas de familia era autónomo. El gobierno privado y el público estaban íntima e individualmente conectados: la participación en el gobierno público autónomo suponía el ejercicio del gobierno heterónimo en el hogar.

La policía como modo de gobernanza del Estado emergió a través de la expansión del gobierno de la familia al gobierno del Estado, a medida que el microhogar (privado) del rey se transformaba en un macrohogar (público) mediante la incorporación de otros hogares. El poder de policía era el poder del rey como *pater patriae* sobre los recursos de su reino, el poder de «la debida regulación y el orden doméstico del reino: por el que los individuos del Estado, como miembros

²⁷ DUBBER/VALVERDE (eds.), *The New Police Science: The Police Power in Domestic and International Governance*, 2006; LOS MISMOS (eds.), *Police and the Liberal State*, 2008.

²⁸ LEPORE, «The Invention of the Police», *New Yorker*, 2020 [Disponible en: <https://www.newyorker.com/magazine/2020/07/20/the-invention-of-the-police>]

²⁹ P. ej., XENOPHON, *Oeconomicus*, 1995 (original circa 362 A.C.).

³⁰ P. ej., MACHIAVELLI, *The Prince*, 2009 (original 1532).

³¹ BUSH, «Free to Enslave: The Foundations of Colonial American Slave Law», *Yale Journal of Law & the Humanities*, (5), 1993, pp. 417 ss.

de una familia bien gobernada, están obligados a ajustar su comportamiento general a las reglas del decoro, la buena vecindad y los buenos modales»³²; el rey mantenía la paz real sobre el hogar estatal, a la vez que el poder de otros cabeza de familia sobre sus microhogares pasaba de soberanía originaria a poder real delegado.

En la esfera política, el descubrimiento -o invención, o postulación- por parte de la Ilustración de la capacidad de autonomía de las personas como tales supuso un reto fundamental al ejercicio del poder estatal, al erradicar la otrora distinción axiomática entre sujeto y objeto de gobierno. Ahora el poder del Estado tenía que estar legitimado ante aquellos en cuyo nombre se ejercía, incluso -y especialmente- si se iba a utilizar contra ellos. La autonomía se convirtió así en la piedra de toque de la legitimidad del poder estatal; a diferencia de la Atenas clásica, sin embargo, la capacidad de autonomía era ahora (aunque sólo fuera en teoría) la característica universal de la persona, en lugar del rasgo distintivo de los cabezas de familia.

En el Estado de Derecho, el ejercicio del poder tenía que estar sujeto a una constante y vigilante crítica de legitimidad a la luz del principio fundamental de autonomía. Así, el poder estatal en el Estado de Derecho debía estar estrictamente limitado; el poder estatal que violase el principio de autonomía era ilegítimo. Por el contrario, en el estado policial, el poder del soberano era – como el del cabeza de familia – esencialmente discrecional e ilimitado, definido por su propia indefinibilidad: «el poder de la soberanía, el poder de gobernar los hombres y las cosas dentro de los límites de su dominio»³³.

Hacia el siglo XVII, en Alemania y Francia la literatura *oeconomica* tradicional se había convertido en el campo de la ciencia de la policía (*Polizeiwissenschaft*, *science de la police*), al principio ejercida por burócratas y magistrados, y luego enseñada en las universidades. Con algunas excepciones notables³⁴, en el *Common law* nunca se desarrolló una ciencia de la policía. En el mundo del Derecho civil el proyecto global de la ciencia de la policía fue abandonado en el transcurso del siglo XIX, limitando el concepto de policía como la búsqueda de la paz real (más tarde republicanizado como «paz pública») a su aspecto menos objetable -la seguridad pública- y transformando el resto en el nuevo campo del Derecho administrativo (y Derecho de policía, *Polizeirecht*, en Alemania).

1.5. La Nueva Ciencia Jurídica y la Nueva Ciencia de la Policía

La Nueva Ciencia Jurídica complementaría a la Nueva Ciencia Policial, que pretende un análisis crítico exhaustivo del poder del Estado como policía³⁵. La suma de ambas resultaría en un análisis crítico exhaustivo del poder del Estado desde las perspectivas de la policía y el Derecho como modos de gobernanza estatal (Nueva Ciencia del Estado)³⁶. Esta investigación de doble vía partiría del supuesto de que, en lugar de que el Derecho haya meramente sustituido a la policía como único modo de gobernanza –y de que el Estado de Derecho haya sustituido al de policía–, el Derecho y la policía persisten como formas paralelas de gobernanza, poniendo así de

³² BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, t. IV, 1979 (original 1769), p. 162.

³³ License Cases, 46 U.S. (5 How.) 504 (1847).

³⁴ COLQUHOUN, *A Treatise on the Wealth, Power, and Resources of the British Empire in Every Quarter of the World, Including the East Indies: The rise and progress of the funding system explained*, 1814; FREUND, *The Police Power. Public Policy and Constitutional Rights*, 1904.

³⁵ DUBBER/VALVERDE (eds.), *The New Police Science*, 2006; LOS MISMOS, *Police and the Liberal State*, 2008.

³⁶ Cf. SCHUPPERT, *Staatswissenschaft*, 2003.

manifiesto la antigua relación y tensión entre autonomía y heteronomía en la esfera política. El análisis crítico exhaustivo del poder estatal incluiría por lo tanto un análisis crítico paralelo desde cada perspectiva: por un lado, como ejercicio del poder sujeto a normas formales basadas en limitaciones a la legitimidad basadas en principios que reflejan la concepción del sujeto-objeto del gobierno como una persona caracterizada por la capacidad de autonomía y, por otro, como un ejercicio soberano de poder mediante la gestión discrecional de recursos sujeta a directrices informales de prudencia y máximas de buen gobierno, autoimpuestas y autocontroladas.

La Nueva Ciencia Policial comparte con la ciencia policial original su foco en la «policía» (*Polizei*, *la police*) como un modo básico de gobernanza digno de estudio en sus propios términos, al margen de cualquier marco jurídico que el Estado de Derecho haya intentado superponerle, aunque sólo sea nominalmente («Derecho administrativo», «Derecho policial»). Sin embargo, como análisis crítico post-ilustrado de la policía, también difiere de la concepción original de la ciencia policial como un género de literatura de asesoramiento para cabezas de familia estatal absolutamente soberanos.

La Nueva Ciencia Jurídica guardaría una relación igualmente diferenciada con su encarnación original. Dejando a un lado las referencias anteriores a la «ciencia jurídica», generalmente se considera que el proyecto moderno de ciencia jurídica tiene su origen en SAVIGNY, y más concretamente en la publicación de su tesis doctoral sobre el derecho de posesión en 1803³⁷. La ciencia jurídica savigniana, que sigue configurando la ciencia jurídica en el mundo del Derecho civil hasta nuestros días, era histórica y descriptiva en cuanto a su *método*, y se limitaba al Derecho privado –y más concretamente al Derecho privado romano– en lo relativo a su *ámbito de aplicación*³⁸. La Nueva Ciencia Jurídica, como análisis crítico del Derecho, también sería histórica, pero no en el sentido limitado de la Escuela Histórica de SAVIGNY: en primer lugar, no se limitaría a desenterrar principios jurídicos puros a través del estudio cuidadoso de textos vetustos (o incluso meramente antiguos), sino que sería histórica en el sentido de tener en cuenta el contexto histórico y el desarrollo de las normas, instituciones y prácticas; en segundo lugar, no se limitaría al análisis histórico, sino que consideraría el análisis histórico sólo como una forma de análisis entre otras³⁹. Y, lo que es más significativo, la Nueva Ciencia Jurídica no sería meramente descriptiva; llevaría a cabo el análisis no como un fin en sí mismo, sino como base para la crítica; no se limitaría al análisis dogmático en mayor medida de lo que se limitaría al análisis histórico⁴⁰.

Pasando del método al ámbito de aplicación, aunque tanto la ciencia jurídica savigniana como la Nueva Ciencia Jurídica persiguen un análisis exhaustivo y sistemático del Derecho, la Nueva Ciencia Jurídica ampliaría el campo de aplicación del análisis más allá del Derecho privado y más

³⁷ SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*, 1803. Existe traducción al español, *Tratado de la posesión según los principios del Derecho romano*, 2005 (edición revisada por MONEREO PÉREZ de la traducción anónima *Tratado de la posesión, según los principios del Derecho romano*, de 1845).

³⁸ REIMANN, *Boston College Law Review*, (31), 1990, pp. 837 ss.; STEIN, «The Tasks of Historical Jurisprudence», en MACCORMICK/BIRKS (eds.), *The Legal Mind: Essays for Tony Honoré*, 1986, pp. 293 ss.

³⁹ DUBBER, «New Historical Jurisprudence: Legal History as Critical Analysis of Law», *Critical Analysis of Law*, (2), 2015, pp. 1 ss.

⁴⁰ DUBBER, *Critical Analysis of Law*, (2), 2015, pp. 1 ss.

allá de las normas jurídicas para incluir las instituciones y prácticas jurídicas. De hecho, el análisis crítico del Derecho público –y en particular de la forma más intrusiva de Derecho público, el Derecho penal– sería fundamental para la Nueva Ciencia Jurídica, como una vía, junto con la Nueva Ciencia Policial, del análisis crítico exhaustivo del *poder estatal*.

2. La Nueva Ciencia Jurídica en el Estado Penal Dual

2.1. El Derecho penal en el centro

Dado el papel clave del Derecho penal en el análisis crítico del poder estatal desde la perspectiva de la Nueva Ciencia Jurídica, tiene sentido que esta demuestre su valor en tal campo. Si el Estado, sin legitimidad, ejerce el poder de privarnos de la propiedad, la libertad e incluso la vida en nombre del Derecho penal, ¿qué importa que sus normas de Derecho privado faciliten nuestras interacciones comerciales de forma competente –o incluso, en algún sentido, justa–? Si el aparato de Derecho penal del Estado equivale a un régimen de incapacitación masiva, caracterizado por el racismo sistémico y la violencia institucionalizada, ¿qué importa que su régimen de Derecho administrativo –al menos marginal y episódicamente– supervise la provisión de prestaciones y servicios públicos?

Replanteado como un aspecto del análisis crítico del poder penal del Estado, el análisis crítico del Derecho penal complementaría un análisis crítico de la policía penal. Un análisis adecuadamente exhaustivo incluiría así un análisis histórico comparativo del Derecho penal y la policía penal que diera cuenta de lo que podría denominarse un «Estado penal dual»⁴¹. También requeriría un análisis contextual de las normas, instituciones y prácticas, tanto relativas a los distintos aspectos del funcionamiento del Derecho penal (Derecho penal «sustantivo», Derecho penal «procesal», Derecho «penitenciario»: colectivamente, «Derecho penal») como en las distintas áreas del Derecho (por ejemplo, Derecho de la responsabilidad extracontractual, Derecho de la compensación de las víctimas, Derecho penal).

Este análisis contextual tendría que basarse en una descripción más amplia de los tipos, áreas y ramas del Derecho y de su interrelación, un tema de considerable importancia analítica que ha atraído poca atención. Por ejemplo, la distinción entre Derecho público y privado sigue sin asentarse (lo que quizá no resulte sorprendente, dada la influencia formativa del Derecho romano, al que a menudo se atribuye la distinción), si es que no se descarta como «totalmente decrepita»⁴², políticamente motivada⁴³, o simplemente se ignora como pasada de moda y anticuada (ya que todo el mundo sabe desde hace tiempo que «todo el Derecho es Derecho público»)⁴⁴. El propio estatus del Derecho penal, como una especie de Derecho público, Derecho privado o *sui generis*, sólo se ha esclarecido un poco mejor que la distinción entre ramas específicas del Derecho, como la existente entre el Derecho penal y el Derecho de la responsabilidad civil extracontractual. Incluso la ciencia del Derecho penal alemán, a lo largo de dos siglos de sistematización (o al menos clasificación), ha prodigado la gran mayor parte de su atención analítica a un enfoque de una parte de un aspecto del Derecho penal: el análisis

⁴¹ Cf. FRAENKEL, *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship*, 1941. Existe traducción al español: *El Estado dual. Contribución a la teoría de la dictadura*, traducción y prólogo de Nicolás Muñiz, 2022.

⁴² KENNEDY, «The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction», *University of Pennsylvania Law Review* (130), 1982, pp. 1349 ss.

⁴³ HORWITZ, *Hofstra Law Review*, (8), 1980, pp. 905 ss.

⁴⁴ V., p. ej., GOLDBERG, «Pragmatism and Private Law», *Harvard Law Review*, (125), 2012, pp. 1640 ss.

dogmático descriptivo de cuestiones seleccionadas de la parte general del Derecho penal sustantivo (alemán). Queda mucho análisis por hacer, por no hablar de la crítica de legitimidad que un análisis exhaustivo hace posible.

2.2. Un análisis crítico de la posesión, entre el Derecho y la policía

Para ilustrarlo, con un guiño a SAVIGNY consideremos qué aspecto podría tener un análisis crítico de la *posesión* en la penalidad moderna desde la perspectiva de la Nueva Ciencia Jurídica⁴⁵. Para empezar, una indagación en términos de la Nueva Ciencia Jurídica podría considerar el lugar de la posesión no sólo en las llamadas partes general y especial de la teoría del Derecho penal sustantivo, sino también en el contexto más amplio del régimen penal, incluyendo su papel en la investigación, la persecución, el enjuiciamiento, la condena y el castigo.

Este análisis, desde la perspectiva del *Derecho* penal, podría revelar características de la doctrina de la posesión criminal (por ejemplo, presunciones prospectivas y retrospectivas, explícitas e implícitas; posesión constructiva y conjunta; omisión implícita; relevancia de actos preparatorios; exenciones basadas en el estatus), algunas de las cuales pueden entrar en conflicto con normas básicas del Derecho penal (por ejemplo, las relativas al *actus reus*, a la *mens rea*, a la responsabilidad del partícipe o a la tentativa)⁴⁶.

El análisis desde la perspectiva de la *policía* penal, sin embargo, puede mostrar que la posesión desempeña un papel clave como delito de recogida, puerta de entrada y cláusula reserva en un sistema para la identificación e incapacitación de peligros humanos, como una alternativa más sofisticada y eficaz a la antigua e imprecisa herramienta disciplinaria de la «vagancia»⁴⁷, basada en el estatus más que en la conducta.

El análisis histórico podría rastrear los esfuerzos realizados, por ejemplo, en el Derecho angloamericano para acomodar la responsabilidad por posesión dentro de un conjunto aún en evolución de normas de Derecho penal sustantivo (por ejemplo, el requisito de la conducta), que culminaron en la declaración auténtica por vía codificadora de que la posesión, simplemente, es una conducta⁴⁸.

El análisis comparativo, a su vez, podría investigar el tratamiento de la posesión en, por ejemplo, el Derecho penal alemán, con un conjunto diferente de normas jurídicas de trasfondo (por ejemplo, el principio de culpabilidad, *Schuldprinzip*)⁴⁹. La comparación intrasistémica podría explorar la relación entre la posesión en el Derecho penal y en otras áreas del Derecho, incluidos el Derecho administrativo y el Derecho de la propiedad⁵⁰.

⁴⁵ V. de forma general DUBBER, «Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law», *Journal of Criminal Law & Criminology*, (91), 2002, pp. 829 ss.

⁴⁶ ASHWORTH, «The Unfairness of Risk-Based Possession Offences», *Criminal Law & Philosophy*, (5), 2011, pp. 237 ss.; YAFFE, «In Defense of Criminal Possession», *Criminal Law & Philosophy*, (10), 2016, pp. 441 ss.

⁴⁷ DUBBER, «The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process», en DUFF/GREEN (eds.), *Defining Crimes: Essays on the Criminal Law's Special Part*, 2005, pp. 91 ss.

⁴⁸ V. Model Penal Code § 2.01(4).

⁴⁹ V. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, p. 534.

⁵⁰ V. LEPSIUS, *Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht*, 2002; SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, 1803; v. también POSNER, «Savigny, Holmes, and the Law and Economics of Possession», *Virginia Law Review*, (86), 2000, pp. 535 ss.; GORDLEY/MATTEI, «Protecting Possession», *American Journal of Comparative Law*, (44), 1996, pp. 293 ss.

Según fuera necesario, o deseado, esta investigación sobre la posesión podría ajustarse, por ejemplo, ampliando el alcance comparativo (externo o interno) o expandiendo el enfoque analítico (por ejemplo, yendo más allá de la posesión como delito a la posesión como interés protegido, en la regulación del robo y otros de los denominados delitos contra la propiedad).

Un análisis paralelo similar podría ampliarse a todo el Derecho penal, incluyendo no sólo otras teorías sobre todos los aspectos del Derecho penal, sino también, más allá de las normas, las instituciones y prácticas: por ejemplo, la institución del jurado⁵¹ o la práctica de la negociación de los cargos y la condena⁵².

El análisis podría extenderse no sólo horizontalmente, sino también verticalmente, por ejemplo, desde «teorías» como la de la responsabilidad penal por posesión a «principios», como el de legalidad (en sus diversas y continuamente multiplicadas variantes en latín)⁵³, los principios *Rechtsgut*, *Schuldprinzip* («nulla poena sine culpa»), *ultima ratio*, «*actus non facit reum nisi mens sit rea*», etc.⁵⁴.

2.3. El concepto esencialmente controvertido de la legitimidad del poder estatal

Este breve esbozo puede a lo sumo servir para ilustrar cómo podría llevarse a cabo un análisis dual del poder penal del Estado y qué papel podría desempeñar la Nueva Ciencia Jurídica (y la Nueva Ciencia Policial) en esta investigación. En última instancia, se propuso sugerir cómo se podría abordar la tarea de una Nueva Ciencia Jurídica: someter el ejercicio del poder jurídico por parte del Estado a un análisis crítico exhaustivo y sistemático como parte de una investigación general y continua sobre la legitimidad del poder del Estado, incluyendo su poder *penal*⁵⁵, pero no limitándose a este. La tarea del análisis crítico del poder penal del Estado, principalmente como Derecho penal, es particularmente urgente, en la medida en que su ejercicio es especialmente susceptible de interferir con la misma autonomía que se dice que lo legitima. Esto no quiere decir, sin embargo, que otros tipos de poder estatal, *qua* Derecho o policía, no deban - o no puedan- someterse también a un análisis crítico, ni que la legitimidad del poder penal implique la de otras formas de poder estatal.

⁵¹ Desde el punto de vista del Derecho, un «paladín de la libertad» o, más concretamente, una manifestación indirecta de la autonomía o autojuicio del «delincuente» y de la «víctima» a través de la identificación empática vicaria por parte de jueces procedentes de «su» «comunidad»; desde el punto de vista de la policía, un instrumento del poder soberano -y más concretamente del poder real- para determinar los derechos del rey y hacer valer sus intereses fiscales, a través del ejercicio de su jurisdicción, a expensas de los microcabezas de familia de menor rango. V. DUBBER, «The Schizophrenic Jury and Other Palladia of Liberty: A Critical Historical Analysis», *Comparative Legal History*, (3-2), 2015, pp. 306 ss.; v. de forma general DUBBER, en BROWN/TURNER/WEISSER (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, 2019, pp. 1 ss.

⁵² *Qua* Derecho, una oportunidad para el autojuicio directo, aun cuando parcial, mediante la participación del acusado en la resolución de su caso; *qua* policía, una delegación a una autoridad pública de poder discrecional soberano y no revisable.

⁵³ P. ej.: *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine poena legali*, *nulla poena sine lege scripta*, *nulla poena sine lege praevia*, *nulla poena sine lege certa*, *nulla poena sine lege stricta*, *nulla poena sine culpa*, e, incluso, en el Derecho penal socialista, *nulla poena sine periculo sociali*.

⁵⁴ Desde el punto de vista jurídico, estos principios fundamentales de justicia -preferentemente recogidos en latín- están profunda e inmutablemente arraigados, en última instancia, en una concepción de la persona como ser dotado de capacidad de autonomía; desde el punto de vista policial, son máximas recomendadas de prudencia, o buena gobernanza, dirigidas a un cabeza de familia soberano con discreción última en cuanto a sí, y en caso afirmativo cómo, consultarlas y atenderlas.

⁵⁵ Para seguir con el ejemplo de la posesión, las dos explicaciones del Derecho privado de la posesión generalmente reconducidas a la tesis doctoral de SAVIGNY de 1803 (orden público y propiedad) podrían compararse y mostrar sus conexiones con la distinción entre Derecho y policía.

Para terminar, merece la pena subrayar que, en el espíritu del análisis crítico, la legitimidad del poder estatal en general –y del poder penal estatal en particular– no puede tratarse como una conclusión inevitable. Una ciencia del Derecho moderna no puede cumplir su función crítica si se considera a sí misma como proveedora de justificaciones para el *statu quo*. En Derecho, el espíritu crítico de la investigación científica requiere el cuestionamiento constante de los supuestos y de las prácticas conocidas desde hace mucho tiempo, no la mera acumulación de conocimiento o la gestión de sistemas taxonómicos. Una ciencia del Derecho «normativa» apologética supone una amenaza al menos tan grande para la legitimación del poder estatal como una «descriptiva».

3. Bibliografía

ASHWORTH, «The Unfairness of Risk-Based Possession Offences», *Criminal Law & Philosophy*, (5), 2011, pp. 237 ss.

BERMAN/REID, «The Transformation of English Legal Science: From Hale to Blackstone», *Emory Law Journal*, (45), 1996, pp. 437 ss.

BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, t. IV, Chicago University Press, Chicago, 1979 (reimp. original de 1769).

BUSH, «Free to Enslave: The Foundations of Colonial American Slave Law», *Yale Journal of Law & the Humanities*, (5), 1993, pp. 417 ss.

CAIRNS, *The Theory of Legal Science*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1941.

CRICK, *The American Science of Politics: Its Origins and Conditions*, University of California Press, Berkeley, 1959.

COHEN, «Philosophy and Legal Science», *Columbia Law Review*, (32), 1932, pp. 1103 ss.

COLQUHOUN, «A Treatise on the Wealth, Power, and Resources of the British Empire in Every Quarter of the World, Including the East Indies: The rise and progress of the funding system explained», Joseph Mawman, London, 1814.

DUBBER, «Criminal Process in the Dual Penal State: A Comparative-Historical Analysis», en BROWN/TURNER/WEISSER (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

———, «Comparative Criminal Law», en REIMANN/ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 1276 ss.

———, «The Schizophrenic Jury and Other Palladia of Liberty: A Critical Historical Analysis», *Comparative Legal History*, (3-2), 2015, pp. 306 ss.

———, «New Historical Jurisprudence: Legal History as Critical Analysis of Law», *Critical Analysis of Law*, (2), 2015.

———, «Die Anspruchslosigkeit des awissenschaftlichen Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (121), 2009, pp. 977 ss.

DUBBER, «The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process», en DUFF/GREEN (eds.), *Defining Crimes: Essays on the Criminal Law's Special Part*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 91 ss.

———, «Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law», *Journal of Criminal Law & Criminology*, (91), 2002, pp. 829 ss.

———, «Judicial Positivism and Hitler's Injustice», *Columbia Law Review*, (93), 1993, pp. 1807 ss.

DUBBER/VALVERDE, *Police and the Liberal State*, Stanford University Press, Redwood, 2008.

———, *The New Police Science: The Police Power in Domestic and International Governance*, Stanford University Press, Redwood, 2006.

ENGEL/SCHÖN (eds.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.

ESKRIDGE/FRICKEY, «The Making of The Legal Process», *Harvard Law Review*, (107), 1994, pp. 107 ss.

FERNÁNDEZ/DUBBER, *Law Books in Action: Essays on the Anglo-American Legal Treatise*, Hart Publishing, Oxford, 2012.

FRAENKEL, *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship*, trad. cast. por NICOLÁS MUÑOZ, Oxford University Press, New York, 1941.

FREUND, *The Police Power. Public Policy and Constitutional Rights*, Callaghan & Company, Chicago, 1904.

GNAEUS FLAVIUS (KANTOROWICZ), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Carl Winter, Heidelberg, 1906.

GOBLE, «Law as a Science», *Indiana Law Journal*, (9), 1933, pp. 294 ss.

GOLDBERG, «Pragmatism and Private Law», *Harvard Law Review*, (125), 2012, pp. 1640 ss.

GORDLEY/MATTEI, «Protecting Possession», *American Journal of Comparative Law*, (44), 1996, pp. 293 ss.

HOLMES, «The Path of the Law», *Harvard Law Review*, (10), 1897, pp. 457 ss.

HORWITZ, «Law and Economics: Politics or Science?», *Hofstra Law Review*, (8), 1980, pp. 905 ss.

JAKOBS, «Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin», en ENGEL/SCHÖN (eds.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, pp. 103 ss.

JEFFERSON RANDOLPH, «Carta a John Tyler, de 17 de junio de 1812», en JEFFERSON RANDOLPH (ed.), *Memoirs, Correspondence, and Private Papers of Thomas Jefferson*, t. IV, Gray and Bowen, Boston, 1829, pp. 182 ss. [Disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/03-05-02-0112>]

JESTAEDT/LEPSIUS (eds.), *Rechtswissenschaftstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

JESTAZ/JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, Paris, 2004.

JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1884.

KANTOROWICZ/PATTERSON, «Legal Science: A Summary of Its Methodology», *Columbia Law Review*, (28), 1928, pp. 679 ss.

KENNEDY, «The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction», *University of Pennsylvania Law Review*, (130), 1982, pp. 1349 ss.

KINGSBURY/KRISCH/STEWART, «The Emergence of Global Administrative Law», *Law & Contemporary Problems*, (68), 2005, pp. 15 ss.

KIRCHMANN, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Springer, Berlin, 1848.

KORNHAUSER, «The Economic Analysis of Law», en ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2022 [Disponibile en: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/legal-econanalysis>].

LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1996.

LANGER, «The Long Shadow of the Adversarial and Inquisitorial Categories», en DUBBER/HÖRNLE (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 887 ss.

LEPSIUS, *Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.

LLEWELLYN, «The Theory of Legal 'Science'», *North Carolina Law Review*, (20), 1941, pp. 1 ss.

MACHIAVELLI, *The Prince*, trad. por Parks, Penguin, London, 2009 (original 1532).

MACIAS, *Legal Science in the Early Republic: The Origins of American Legal Thought and Education*, Lexington Books, Lanham, 2016.

MÜLLER, *Hitlers Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, Droemer Knauer, München, 1987.

NAUCKE, «Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis», *Zeitung für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, (85), 1973, pp. 399 ss.

PAWLIK, «Strafrechtswissenschaftstheorie», en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Heymann, Köln, 2007, pp. 469 ss.

POSNER, «Savigny, Holmes, and the Law and Economics of Possession», *Virginia Law Review*, (86), 2000, pp. 535 ss.

———, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown & Co., Boston, 1973.

RADZINOWICZ/TURNER (eds.), *The Modern Approach to Criminal Law: Collected Essays*, MacMillan Inc., New York, 1945.

REIMANN, «Nineteenth Century German Legal Science», *Boston College Law Review*, (31), 1990, pp. 837 ss.

SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*, Heyer, Giessen, 1803 (= *Tratado de la posesión según los principios del Derecho romano*, Comares, Granada, 2005 [rev. MONEREO PÉREZ trad. original 1845]).

SCHUPPERT, *Staatswissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2003.

SCHWEBER, «The 'Science' of Legal Science: The Model of the Natural Sciences in Nineteenth-Century American Legal Education», *Law & History Review*, (17-3), 1999, pp. 421 ss.

SIMPSON, «The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature», *University of Chicago Law Review*, (48), 1981, pp. 632 ss.

SMITS, *The Mind and Method of the Legal Academic*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012.

STEIN, «The Tasks of Historical Jurisprudence», en MACCORMICK/BIRKS (eds.), *The Legal Mind: Essays for Tony Honoré*, Oxford University Press, Oxford, 1986.

WECHSLER, «The Challenge of a Model Penal Code», *Harvard Law Review*, (65), 1952, pp. 1097 ss.

WELLS, «Holmes on Legal Method: The Predictive Theory of Law as an Instance of Scientific Method», *Southern Illinois University Law Review*, (18), 1994, pp. 329 ss.

WISSENSCHAFTSRAT, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland: Situation, Analysen, Empfehlungen*, Wissenschaftsrat, Hamburg, 2012 [Disponible en <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12>].

WIETHÖLTER, *Rechtswissenschaft in Kritik und als Kritik*, Johannes Gutenberg Universität, Mainz, 1973.

———, *Rechtswissenschaft*, Fischer, Berlin, 1968.

XENOPHON, *Oeconomicus: A Social and Historical Commentary*, trad. por Pomeroy, Oxford University Press, New York, 1995 (original circa 362 A.C.).

YAFFE, «In Defense of Criminal Possession», *Criminal Law & Philosophy*, (10), 2016, pp. 441 ss.

YNTEMA, «Mr. Justice Holmes' View of Legal Science», *Yale Law Journal*, (40), 1931, pp. 696 ss.

VV.AA., «Inagural Issue. Critical Analysis of Law and the New Interdisciplinarity», *Critical Analysis of Law: An International & Interdisciplinary Law Review*, (1), 2012, pp. 1-142.

«Nueva Ciencia Jurídica» y «Estado Penal Dual»: la búsqueda de una teoría penal y político-criminal transnacional

Comentario al artículo de Markus D. Dubber

Manuel Cancio Meliá Universidad
Autónoma de Madrid
manuel.cancio@uam.es

-

Desde el principio queda claro que la ambición de la propuesta condensada por DUBBER en el artículo al que acompañan estas líneas es máxima: pretende nada más y nada menos que establecer un nuevo modo de abordar el análisis científico del Derecho penal. Ya la terminología elegida, la referencia a la «ciencia» –por mucho que en inglés pueda sonar menos dramática que en alemán o en español–, muestra que el autor quiere proponer un verdadero cambio de tercio en las ciencias penales. Ese cambio de tercio, por un lado, se persigue a ambos lados del Atlántico, pues de lo que se trata es de establecer una perspectiva teórica común a los ordenamientos occidentales. Por otro lado, esa nueva perspectiva común al *Common law* y al *Civil law* debería a ojos de DUBBER abrazar cambios metodológicos profundos para convertirse en una ciencia global del análisis crítico del ejercicio del poder penal del Estado.

1. Un manifiesto: necesidad de una «Nueva Ciencia Jurídica»

Para definir el nuevo modo de aproximarse al fenómeno penal, la NCJ propone un método y unos instrumentos conceptuales de análisis concretos a desplegar para generar su nueva perspectiva. Sin pretensión de reproducir los contenidos del texto que aquí se comenta, a continuación, se destacan algunas de las líneas maestras de la propuesta de DUBBER.

En cuanto al modo analítico de proceder que DUBBER propone, el primer punto de partida está en que es necesario ante todo construir una ciencia penal común, supranacional, para Occidente, superando el «parroquialismo». Es lo que el autor parece indicar cuando postula que la NCJ se construya como ciencia común para «Estados ostensiblemente comprometidos con el proyecto del “Estado de Derecho”», y propone como primer objetivo para alcanzar ese nivel supranacional la superación del famoso hiato entre sistemas jurídico-penales angloamericanos y continentales. DUBBER aborda la cuestión señalando primero que, en realidad, al margen de los lugares comunes que someten a una mera caricatura a uno y otro círculo jurídico, existen en las últimas décadas fenómenos de aproximación tanto en lo sustantivo como en lo procesal. A continuación, presenta unos listados que enumeran una serie de prejuicios –en algunos casos, puras maledicencias chovinistas– presentes respecto de ambos sistemas penales, tanto en el plano legislativo como doctrinal, como puntos de partida para el análisis.

En segundo lugar en cuanto a la metodología, DUBBER pretende partir de la perspectiva de análisis que coloca en el fundamento de toda la reflexión el concepto de poder penal público y la cuestión de la legitimidad de este poder, y abordar esta reflexión de modo integrado, con intervención de otras disciplinas. Así, con un método «especialmente contextual», se trata de adoptar una

perspectiva que tenga en cuenta, en particular, el contexto histórico de una determinada institución penal.

En tercer lugar, ese análisis ha de ser esencialmente «crítico». Debe descomponerse para DUBBER en dos pasos sucesivos: primero procede un examen crítico en términos de legitimidad, un análisis «externo», para determinar si la regulación cumple con el principio rector de autonomía. Una vez hecho esto, pueden llevarse a cabo las consideraciones «internas» en torno a la coherencia sistemática de una determinada regulación. Así se construye según el autor una ciencia «normativa» y estructuralmente «crítica».

Los instrumentos conceptuales que DUBBER pretende utilizar derivan de la pretensión crítica de centrar la NCJ en el poder estatal penal en su conjunto. Ve operar subterráneamente dos lógicas opuestas, incompatibles, dentro del sistema penal en sentido amplio. Partiendo de diversos trabajos previos, DUBBER afirma que existen dos modos de ejercer el poder penal del Estado: policía y Derecho (penal). Se trataría de dos líneas evolutivas diferentes: el poder policial surge en la transferencia del monopolio de la violencia del *pater familias* al soberano del *Ancien Régime* como *padre de la patria*, directamente de la soberanía personal, y es por ello inmanentemente ilimitado. El Derecho penal como ejercicio del poder penal del Estado, en cambio, se acomoda a la arquitectura constitucional de la separación de poderes y pretende ser considerado legítimo por esa inserción constitucional, centrada en la autonomía de los ciudadanos. Para DUBBER, esa nueva lógica de legitimidad surgida de la Revolución Francesa oculta que bajo lo que formalmente se categoriza como «Derecho» penal, perviven las lógicas de la policía ilimitada. Propone como ejemplo de ese fenómeno del intrusismo de la policía en el Derecho el funcionamiento de las medidas de seguridad en un sistema vicarial, o la situación respecto de determinados delitos de posesión.

Queda claro ya con esta síntesis del proyecto de NCJ que se trata de una propuesta de renovación basada en un amplio conocimiento del debate teórico en torno al Derecho penal, tanto en Estados Unidos como en Europa occidental, y también del contexto socio-político de la legislación penal en ambos ámbitos.

Se trata de una propuesta cuya sola formulación ya es una buena noticia para los estudios penales en Occidente, pues, por un lado, los pone ante el espejo de prácticas solipsistas y parroquiales, y, por otro, llama a superar cualquier tentación tecnocrática poniendo en el centro de cualquier teoría penal la cuestión de la legitimidad.

Por otra parte, es especialmente de destacar que con la NCJ se propone aunar esta perspectiva político-criminal con una reflexión sobre la actividad teórica referida al sistema penal, con la pretensión de construir un espacio científico-académico verdaderamente transnacional. En este sentido, hay también un manifiesto académico en el texto de DUBBER (publicado y comentado también en Italia [por Stefano MANACORDA, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2 2025] y en Alemania [por Thomas WEIGEND, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 137 (2025)], además del original inglés), basado en su monografía *The Dual Penal State: The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective*, 2019 (versión alemana publicada en 2022, versión española, 2024; recensión de Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, *InDret*, [3], 2021).

2. Método y fundamentos

Con toda la simpatía que genera el impulso por una renovación de la disciplina que implica el proyecto NCJ, es necesario revisar el método y los instrumentos conceptuales propuestos para poder evaluar si estos pueden realmente aprehender los elementos de renovación postulados.

Como antes se ha indicado, uno de los elementos más destacados de la NCJ está en su concepción supranacional –o mejor: común a «Occidente»–, para la cual es necesario ir cerrando la gran distancia entre el círculo angloamericano y el círculo continental en materia penal. Esa tarea DUBBER propone encararla primero a través de un análisis comparado, tomando como punto de referencia de ambos campos a los Estados Unidos y a Alemania. Sin poner en duda que ese análisis puede aportar importantes impulsos para generar un terreno común, sin embargo, lo cierto es que la perspectiva concreta adoptada parece demasiado restringida, desde un principio.

En primer lugar, parece difícil que el *pars pro toto* elegido sea viable, esto es, que el sistema doctrinal-penal alemán pueda servir de punto de comparación representativo del mundo del *Civil law*. Parecen demasiadas las peculiaridades del ordenamiento alemán –o las de cualquiera de los europeos– como para servir de espacio de proyección para la comparación con el ámbito angloamericano. Habría que construir una panorámica que tuviera en cuenta los elementos comunes de varios sistemas penales en Europa occidental para poder proceder al análisis comparado.

En segundo lugar, como indica WEIGEND en la contribución citada, la imagen de la doctrina alemana que maneja DUBBER parece anticuada: las discusiones sistemáticas y la construcción de una dogmática del delito no son hoy el centro de la actividad teórica allí. En general, no sólo en el ámbito del Derecho positivo hay una aproximación entre ambos campos –como indica el propio DUBBER–, sino que también la enseñanza del Derecho ha ido convergiendo en alguna medida; así, por ejemplo, en Alemania el estudio de las materias jurídicas tiene un particular foco en la aplicación práctica del ordenamiento ya desde hace décadas, y está alejado de la imagen de una actividad formalista y vacía de realidad. En todo caso, parece quizás exagerada la relevancia que DUBBER atribuye a los análisis académicos para la definición de los respectivos ordenamientos, en vez de prestar más atención a los factores extrajurídicos que llevan a tal o cual configuración del Derecho positivo.

En tercer lugar, finalmente, hay que señalar que una perspectiva occidental común debe contar estructuralmente con el factor de los ordenamientos de América Latina. Este segmento del «Occidente» penal, partiendo de un diseño institucional que aspira a un Estado de Derecho y que ha llevado a un sistema penal (con todas las enormes diferencias entre las distintas repúblicas americanas) claramente de *Civil law*, es imprescindible para una visión supranacional-occidental. El proyecto de un sistema penal limitado por garantías no puede verse sólo desde el Norte global. No sólo teniendo en cuenta el número de jurisdicciones latinoamericanas y el peso numérico de su ciudadanía, sino porque, como es obvio, el proyecto «Estado de Derecho» se enfrenta en América Latina a una situación de desigualdad político-económica y de debilidad del Estado que requiere de una consideración específica. Dicho de otro modo: si la idea de «Estado de Derecho» tiene futuro, tiene que demostrarlo en las jurisdicciones latinoamericanas. Esta situación específica es especialmente relevante en esta época, en la que diversos ordenamientos están inmersos en procesos de transformación autoritaria –promovidos por la actual administración en Washington– de sus sistemas penales, alentados tanto por la evolución política habida en los

Estados Unidos como por la ocupación de gran parte del espacio político por la cuestión criminalidad organizada-seguridad.

Por otra parte, como se ha indicado, la NCJ pretende ser estructural e inmanentemente una teoría «crítica», esto es, un método de análisis multidisciplinar que mantenga la tensión de restricción del poder penal del Estado. En este sentido, es esencial el procedimiento de análisis propuesto: primero debe hacerse un análisis «externo», de legitimidad, respecto de una determinada institución penal; sólo los elementos que pasen por este ojo de la aguja de la legitimidad podrán entrar en un proceso secundario (el análisis «interno» dogmático, de coherencia sistemática). Especialmente, como se ha indicado, para DUBBER es el factor histórico lo que debe permitir ajustar a la sociedad realmente existente el juicio de legitimidad sobre determinadas instituciones del ejercicio del poder penal del Estado. A este respecto, lo primero que llama la atención es que DUBBER no identifica el motor conceptual con el que pretende llevar a cabo este juicio: parece remitirse a toda la herencia «liberal» o «garantista» en torno a los criterios restrictivos que emanan para la configuración del sistema penal del principio de lesividad, sin manejar un concepto de medida -como lo fue o es el llamado «concepto personal de bien jurídico»- en el que concentrar el análisis. Parece claro que también en el caso de la NCJ se presenta el ansia de disponer de un instrumento de análisis jurídico-penal que pueda ofrecer los resultados «correctos», ansia que recuerda algunos momentos en las batallas conceptuales de las últimas décadas en la discusión en Europa. Desde esta perspectiva, como antes se ha indicado, el criterio de estudio del contexto histórico queda muy pálido, por así decirlo, cuando para caracterizar a los ordenamientos de ambos campos, del *Common law* y del *Civil law*, se recurre a imágenes muy vaporosas -y, a veces, arcaizantes por desactualizadas- de sus elementos definitorios.

Dicho de otro modo: en el «entorno» del análisis de la NCP no hay una teoría de la pena, o al menos del poder estatal, que realmente pudiera aglutinar los criterios de análisis crítico, más allá de una genérica invocación de la «autonomía» de la ciudadanía como criterio-base de legitimidad. En última instancia, el método «crítico» esbozado por la NCJ parece no haber tenido en cuenta la discusión «continental» de los últimos años en torno a cuánta política criminal (= criterios de legitimidad) cabe *dentro* de la actividad teórica de análisis del ordenamiento, o «dogmática». Llama especialmente la atención que DUBBER no incida en este punto en la crítica -latente desde hace décadas y expresa en los últimos años- de que el análisis «científico» de las normas penales y su crítica por un aparato «académico» presenta elementos antidemocráticos que pretenden cercenar la libertad legítima del legislador. Lo cierto es que, en todo caso, desde hace mucho tiempo parece claro que en los sistemas jurídicos continentales se debate qué es realmente la «política criminal», el análisis crítico, y especialmente qué estatus le corresponde dentro del conjunto de la ciencia del Derecho penal.

Como es sabido, la opinión dominante contemporánea ha convenido que ambas disciplinas pertenecen al mismo contexto teórico; dicho en palabras de ROXIN: «El Derecho tal y como es, y el Derecho tal y como debería ser, ... no son polos opuestos, en el sentido de que aquello que a través de la interpretación se determina como Derecho vigente representa el resultado del desarrollo intelectual consecuente de los objetivos político-criminales del legislador» (*Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., 2006, 7/76). De acuerdo con este esquema mental, estas directrices político-criminales se determinan en sus elementos fundamentales por la Constitución. Si esta es legítima, el Derecho penal permeado por ella también será legítimo *grosso modo*: de lo que se trata es precisamente de ver cuánto ha calado. Parece claro que esta posición mayoritaria, y las críticas desde postulados más sociológico-positivistas -como los de Jakobs- en torno a cuáles

son los criterios de legitimidad internos y externos a la ciencia jurídica, necesitarían de una consideración por parte de la NJC para poder perfilar mejor su propia pretensión «crítica». Dicho de otro modo: la situación es mucho más compleja que la imagen que se transmite en la propuesta: contando solamente con los «instintos» jurídico-penales contra la sobrecriminalización propia del Derecho penal simbólico, es imposible generar un punto de vista que tenga en cuenta el cuadro en su conjunto, incluyendo los actuales procesos de retirada del sistema jurídico-penal, esto es, los procesos de privatización del ordenamiento en algunas áreas que también deben considerarse desde una perspectiva «crítica», o los procesos de fijación de criterios de identidad a través de la legislación penal mediante criterios de «educación popular».

Finalmente, la falta de definición de las bases metodológicas para la nueva perspectiva que pretende establecer la NCJ repercute, como no podía ser de otro modo, en la pareja conceptual central del análisis Dubberiano: Policía vs. Derecho. En general, parece un binomio demasiado pobre, demasiado vinculado a los dos siglos pasados, para poder realmente aprehender el poder penal del Estado en su conjunto. En particular, como indica ORTIZ DE URBINA GIMENO (a propósito de las conclusiones que propone DUBBER respecto de la «esclavitud penal» en la discusión sobre las penas en la Ilustración), parece que DUBBER exagera las líneas de continuidad de la idea de «Estado de policía» decimonónico al interpretar determinadas instituciones clasificadas como «jurídico-penales». En contra de su pretensión de incorporar el elemento histórico al análisis de las instituciones penales, el binomio deja de lado elementos evolutivos de Estado y sociedad en las últimas décadas más allá del poder policial. En este punto –como en otros–, cabe sospechar que en la imagen de la situación actual que tiene DUBBER pesa en demasía la perspectiva de la situación en los Estados Unidos, diversa de la de los Estados de Europa occidental en cuanto a la autonomía y facultades que corresponden al ejercicio de los poderes de policía por parte del poder ejecutivo. Si se piensa en la diversificación e intensificación de campañas masivas de control de la esfera pública por la actual administración estadounidense, se observa que, en términos comparativos, en Europa occidental el «Derecho de policía» sí supone una restricción significativa, una subordinación del nudo poder ejecutivo de policía al «Derecho» penal.

3. Hacia una agenda de discusión

Parece claro que, más allá de la capacidad de convicción de sus bases metodológicas, el «efecto llamada» a la discusión de la iniciativa académica que implica la propuesta de la NCJ es poderoso. Genera toda una agenda de cuestiones de discusión entre ambos lados del mundo occidental en un momento en el que las bases mismas de esa identidad en torno al poder penal están en discusión. Comparto el pronóstico de MANACORDA cuando dice que cabe esperar que el proyecto que promueve DUBBER sea un revulsivo para la apertura del ámbito de discusión angloamericano en temas penales al resto de Occidente.

Alfredo Alpaca-Pérez
Universidad de Extremadura

Sobre la ausencia de una teoría de la pena en la «pena» de la persona jurídica

Sumario

- Este artículo plantea la tesis de que no hay una teoría de la pena para la «pena» de la persona jurídica. Para sostener el planteamiento, examina las teorías de la pena que se invocan habitualmente en relación con la «pena» de la persona jurídica y muestra que esas teorías presuponen invariablemente —y en última instancia— a las personas físicas como sus únicas destinatarias. Esta observación puede ayudar a explicar por qué los autores que aceptan a las personas jurídicas como sujetos del Derecho penal se han concentrado en ellas como sujetos del delito, mientras que han prestado relativamente poca atención a su condición de sujetos de la pena. Reconocer la ausencia de una teoría de la pena aplicable a las personas jurídicas conduce a sostener que una genuina pena para ellas no es posible ni conveniente, no solo por la inexistencia en las personas jurídicas de las condiciones necesarias para que la pena se imponga de manera significativa, sino también por las consecuencias negativas que una «pena» para la persona jurídica desencadena para la pena de las personas físicas.

Abstract

- This article advances the thesis that no theory of punishment exists for the so-called “punishment” of legal entities. To substantiate this claim, it examines the theories of punishment commonly invoked in relation to corporate punishment and shows that these theories invariably —and ultimately— presuppose natural persons as their subjects. This observation may help explain why scholars who accept legal entities as subjects of criminal law have tended to concentrate on their status as subjects of crime, while devoting comparatively little attention to their status as subjects of punishment. Acknowledging the absence of a theory of punishment applicable to legal entities leads to the further argument that a genuine form of punishment for them is neither possible nor convenient. This is not only because legal entities lack the conditions required for punishment to be meaningfully imposed, but also because their “punishment” produces adverse consequences for the punishment of natural persons.

Zusammenfassung

- Dieser Artikel vertritt die These, dass es keine Straftheorie gibt, die auf die „Bestrafung“ juristischer Personen anwendbar wäre. Zur Untermauerung dieser These werden die Straftheorien untersucht, die üblicherweise im Zusammenhang mit der „Bestrafung“ juristischer Personen herangezogen werden, und es wird gezeigt, dass diese Theorien ausnahmslos – und letztendlich – natürliche Personen als ihre einzigen Adressaten voraussetzen. Diese Beobachtung kann helfen zu erklären, warum Autoren, die juristische Personen als Subjekte des Strafrechts akzeptieren, sich auf sie als Subjekte der Straftat konzentriert haben, während sie ihrem Status als Subjekte der Strafe relativ wenig Aufmerksamkeit gewidmet haben. Die Einsicht, dass es keine auf juristische Personen anwendbare Straftheorie gibt, führt zu der Schlussfolgerung, dass eine echte Bestrafung juristischer Personen weder möglich noch sinnvoll ist, nicht nur weil bei ihnen die Voraussetzungen für eine sinnvolle Bestrafung fehlen, sondern auch aufgrund der negativen Auswirkungen, die eine solche „Bestrafung“ auf die Sanktionierung natürlicher Personen haben kann.

Title: On The Absence of a Theory of Punishment in the “Punishment” of Legal Entities

Titel: *Über das Fehlen einer Straftheorie in Bezug auf die „Strafe“ juristischer Personen*

-

Palabras clave: pena, prevención general, prevención especial, retribución, persona jurídica

Keywords: *Punishment, Deterrence, Rehabilitation, Retribution, Legal Entity*

Stichwörter: *Strafe, Generalprävention, Spezialprävention, Vergeltung, Juristische Person*

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i2.07

-

2.2026

Recepción
11/12/2025

-

Aceptación
09/02/2026

-

Índice

-

- 1. Consideraciones preliminares**
- 2. Teorías de la pena**
 - 2.1. Prevención general negativa
 - 2.2. Prevención especial
 - 2.3. Prevención general positiva
 - 2.4. Retribución
- 3. Conclusiones**
- 4. Bibliografía**

-

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

1. Consideraciones preliminares*

La discusión sobre la responsabilidad «penal» de la persona jurídica (incorporada al CP español por la reforma impulsada por la LO 5/2010, de 22 de junio y reafirmada por la reforma emprendida por la LO 1/2015, de 30 de marzo) se ha concentrado esencialmente en la determinación del modelo (autorresponsabilidad, heterorresponsabilidad, mixto) más adecuado para hacer posible esa responsabilidad¹. Esa discusión se ha enfocado, por tanto, en determinar si la persona jurídica es responsable por «intervenir» en el delito cometido por la persona física (haciéndolo posible o no evitándolo) o si es responsable solo por el hecho de que esa persona física tiene una relación funcional con ella (como directivo o empleado) y aquel delito la favorece. Sea como fuere, esa discusión revela el interés por esclarecer el alcance y las características del «hecho» («propio», «ajeno» o «conjunto», según los diversos planteamientos existentes²) que constituye el *fundamento* de la responsabilidad «penal» de la persona jurídica³.

Menos interés parece haber recibido la *consecuencia* de esa responsabilidad, esto es, según el «discurso punitivista»⁴, la «pena» para la persona jurídica⁵. Esto llama la atención pues, en el «Derecho penal de la persona física» –a mi juicio, el único Derecho penal que podría existir–, la pena, por ser la reacción estatal más violenta, está permanentemente sometida a «fuertes presiones de legitimación»⁶, de tal manera que en la doctrina se habla incluso de una irrenunciable «obligación de justificación filosófico-jurídica de la pena»⁷. La promoción de la responsabilidad «penal» de la persona jurídica parece exigir el sacrificio de esa constante necesidad de legitimación a la que esta sometida la pena como institución jurídica, posiblemente,

* Autor de contacto: Alfredo Alpaca-Pérez (alfredo.alpaca@hotmail.com). El autor agradece las valiosas y útiles observaciones ofrecidas por los Prof. Dres. Yesid Reyes Alvarado, Beatriz Suárez López y Fernando Tamayo Arboleda a la ponencia titulada «La teoría de la pena en la responsabilidad penal de la persona jurídica», realizada el 3 de septiembre de 2025 en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia), las que han sido tomadas en cuenta para enriquecer este trabajo. El artículo se enmarca en el Proyecto de investigación PID2019-108567RB-C21 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033, en las tareas de investigación de la UIC 166 de Castilla y León y en las del GI DPULE.

¹ Sobre los diversos modelos, por todos, NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, pp. 85 ss.

² Sobre esos planteamientos, por todos, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal de las personas jurídicas*, 2023, pp. 42 ss.

³ Todo esto pese a que las reformas al CP impuestas tanto por la LO 5/2010 como por la LO 1/2015 no supusieron el abandono del «*societas delinquere non potest*», pues, como indicó MIR PUIG, «Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, v. II, 2020, p. 1337, «[...] la responsabilidad penal que establece el nuevo art. 31 bis CP no se basa en delitos cometidos por personas jurídicas, sino en delitos cometidos por personas físicas por cuenta y en provecho de las personas jurídicas» (cursiva en el original).

⁴ GRACIA MARTÍN, «Consideraciones críticas sobre las erróneamente supuestas capacidades de infracción y sanción de la persona jurídica en Derecho sancionador administrativo», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (55), 2020, p. 56.

⁵ Este menor interés puede verificarse incluso en la reforma del CP llevada a cabo por la LO 1/2015, en la que, según GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, 2017, pp. 257 ss., se «mejoró» el «sistema de imputación de responsabilidad», dejando de lado la solución de los problemas del «sistema de penas previamente establecido por la LO 5/2010», como, por ejemplo –según el citado autor–, el escaso catálogo de «penas» aplicables a la persona jurídica, el catálogo cerrado de atenuantes, las dificultades de las reglas de determinación recogidas en el art. 66 bis del CP y las cuestiones «insalvables» originadas en el art. 130.2 del CP, referido a la transferencia de la multa a otras entidades.

⁶ VAN WEEZEL, «Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Política Criminal*, (5), 2010, p. 115.

⁷ NEUMANN, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden – rechtstheoretische Prolegomena», en KEMPF/LÜDERSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, pp. 13-20.

porque el impulso a toda costa del efecto expresivo de lo «penal» –bajo el ropaje del argumento de la «necesidad político-criminal»⁸ o de «las exigencias de la delincuencia económica moderna»⁹– se considera de manera tácita como un «bien mayor».

Lo acabado de indicar revela entonces el problema que se quiere abordar en esta investigación: pese a que en la doctrina (mayoritaria en España –aunque con notables voces críticas¹⁰– y creciente en Alemania y en otros países culturalmente afines) se habla de una responsabilidad «penal» de la persona jurídica, la atención de esa doctrina se ha centrado más en la dimensión del «delito» (incluso en la pretensión de instaurar una «teoría del delito» para la persona jurídica) y menos en la dimensión de la «pena». Ello no es casual, pues, desde mi punto de vista, no hay teoría de la pena que pueda legitimar una «pena» a la persona jurídica. Y esto no solo porque esa reacción estatal –caracterizada usualmente como la más intensa y aflictiva y, por ello, necesitada de legitimación y límites claros– requiere de ciertas condiciones que la persona jurídica difícilmente puede reunir, sino también –y principalmente– porque la «pena» de la persona jurídica se refiere, en última instancia, a la persona física.

En este trabajo se analizan las teorías de la pena que responden a un enfoque «monista»¹¹: la prevención general negativa (*infra* 2.1), la prevención especial (*infra* 2.2.), la prevención general positiva (*infra* 2.3.) y la retribución (*infra* 2.4). La razón por la cual aquí me concentro en estas teorías –y no en las que reciben el nombre de «mixtas»¹²– radica en que las investigaciones que han abordado el asunto referido a la «pena» de la persona jurídica suelen proceder de ese mismo modo¹³. Dicho de otra manera: se analizan las teorías «monistas» porque el debate referido a la «pena» de la persona jurídica se ha construido sobre ellas. Incluso dentro del sector «punitivista»,

⁸ NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2008, p. 17.

⁹ KULHANEK, «Der fragmentarische Charakter des Strafrechts als Argumentationsfigur. Exemplifiziert an der Frage nach einem Deliktskatalog für eine Verbandsstrafbarkeit», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (13), 2014, p. 675.

¹⁰ Al respecto, por todos, ROBLES PLANAS, «Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP», *Diario La Ley*, (7705), 2011, p. 16 («Es así como cabría interpretar el adverbio “penalmente” contenido en el art. 31 bis CP: referido no al fundamento o naturaleza de la responsabilidad, sino al contexto en el que ésta se deriva [esto es, en el seno de un procedimiento penal]. El fundamento y naturaleza de esa responsabilidad de la persona jurídica es, por el contrario, ajeno al Derecho penal»); SILVA SÁNCHEZ, «Lo real y lo ficticio en la responsabilidad “penal” de las personas jurídicas», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*, (1), 2023, p. 21 («está claro que el recurso a la responsabilidad penal y a la pena a propósito de las personas jurídicas constituye un error conceptual, si es que la pena debe seguir siendo lo que es. Por eso, las sanciones a las personas jurídicas deberían quedar preferiblemente fuera del sistema penal»); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Reflexiones sobre el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español y algunos cabos sueltos», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*, (2), 2023, p. 27 («en el caso de la llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas no nos hallamos ante responsabilidad penal en sentido estricto, no ante penas en sentido estricto y no ante la comisión de verdaderos delitos [con sus presupuestos] por la propia persona jurídica»).

¹¹ ROXIN, «Prävention, Tadel und Verantwortung. Zur neuesten Strafzweckdiskussion», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2015, p. 187.

¹² ROXIN, GA, 2015, p. 186.

¹³ Al respecto, en la doctrina española, véase, por todos, CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, 2015, pp. 224 ss.; GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, pp. 112 ss. En la doctrina alemana, por todos, EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe. Sanktionen gegen Juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*, 1994, pp. 203 ss.; SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, 2013, pp. 444 ss.; KOHLHOF, *Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe. Eine straftheoretische Untersuchung*, 2019, pp. 59 ss.

las teorías mayormente admitidas por quienes se integran en él son las teorías «monistas» de la prevención general positiva¹⁴ o de la retribución¹⁵.

Ahora bien, aunque varios planteamientos admiten que la «pena» de la persona jurídica podría legitimarse por el cumplimiento de varios fines, parece asumirse, de manera expresa o tácita, que dichos fines podrían alcanzarse de manera «aislada»¹⁶. Ello conduce, probablemente, a evitar una reflexión más profunda sobre la relación entre esos fines y a eludir la formulación de algún tipo de «prioridad» entre ellos¹⁷. En última instancia, esto revela la ausencia de una preocupación por esclarecer la interacción entre tales fines¹⁸, como cabría esperar de una teoría «pluralista»¹⁹.

Tampoco se le dedica aquí atención a las llamadas «teorías expresivas»²⁰, conforme a las cuales la pena «se justifica como expresión de una desaprobación o censura [*Tadel*] merecida»²¹. El hecho de que estas teorías concentren su atención en la declaración de culpabilidad (dimensión expresiva), dejando en un segundo plano la justificación de la imposición del mal de la pena (dimensión instrumental)²², revela que dicha declaración incorpora ya una valoración pública sobre el merecimiento de pena, mientras que su imposición continúa requiriendo una justificación ulterior. Por ello, las teorías expresivas, en realidad, «no plantean una auténtica teoría de la pena, sino que centran su interés en los presupuestos del castigo legítimo, que en nuestra cultura jurídica denominamos culpabilidad por el hecho»²³. Ahora bien, si se toma en cuenta que una desaprobación o censura puede ser no solo de una conducta, sino también de una cualidad (independientemente de si esta es o no merecida), se aclara el hecho de que los partidarios de las teorías expresivas «se sientan atraídos con la idea de la culpabilidad de la personalidad (*Persönlichkeitsschuld*)»²⁴. Esto podría explicar –ya en el ámbito de la «pena» de la

¹⁴ Véase *infra* 2.3.

¹⁵ Véase *infra* 2.4.

¹⁶ Así, por todos, ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, p. 195; EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, p. 203; DUST, *Täterschaft von Verbänden*, 2019, pp. 91 ss.

¹⁷ En ese sentido, expresamente, EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, p. 203, quien, después de admitir que la imposición de una «pena» a la persona jurídica tiene sentido y de preguntarse si alguno de los fines de la «pena» (para la persona jurídica) debe tener prioridad, concluye afirmando que la cuestión es irrelevante.

¹⁸ Esa es precisamente la crítica que formulan ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I: *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5.ª ed., 2020, 3/35, a la llamada «teoría unificadora aditiva»: «sus defensores se contentan con poner sencillamente uno al lado del otro, como fines de la pena, la compensación de la culpabilidad, la prevención especial y general». Este proceder «[...] no remueve las carencias de las opiniones particulares, sino que las suma y conduce sobre todo a un ir y venir sin sentido entre los diferentes fines de la pena, lo que hace imposible una concepción unitaria de la pena como uno de los medios de satisfacción social» (cursiva agregada).

¹⁹ Sobre las llamadas «teorías unificadoras retributivas» (como teorías mixtas), ROXIN/GRECO, *AT*, 5.ª ed., 2020, 3/33 ss. Según los autores, aquellas teorías originalmente planteaban la prioridad de alguna de las teorías «monistas» (particularmente, el fin retributivo), pero luego admitieron el mismo rango de todas ellas (por lo que todos los fines se situaron en pie de igualdad).

²⁰ Sobre los planteamientos existentes –sobre los que aquí no se puede entrar en detalle–, con más referencias, ROXIN/GRECO, *AT*, 5.ª ed., 2020, 3/36b.

²¹ ROXIN/GRECO, *AT*, 5.ª ed., 2020, 3/36a.

²² GÜNTHER, K., «Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe – Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?», en PRITTWITZ *et al.* (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, 2002, pp. 218 ss.

²³ FEIJÓO SÁNCHEZ, «La estabilización normativa como fin de la pena: ¿puro teatro?», en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (eds.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017, p. 312.

²⁴ GRECO, «Steht das Schuldprinzip der Einführung einer Strafbarkeit juristischer Personen entgegen? Zugleich Überlegungen zum Verhältnis von Strafe und Schuld», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2015, p. 510. El autor

persona jurídica– la existencia de propuestas como las de una culpabilidad por el carácter²⁵, en la que el delito cometido por la persona física es su «síntoma»²⁶.

El traslado de cada una de las teorías de la pena que aquí interesan (prevención general negativa, prevención especial, prevención general positiva y retribución) al ámbito de la persona jurídica revela un importante quiebre con respecto a la comprensión usual sobre la «unidad de identidad» entre el destinatario de la norma y el destinatario de la pena: en el caso de la persona jurídica, si esta no puede ser destinataria de la norma²⁷, «¿cómo va la pena a desplegar sobre ella sus fines, sea como sea que estos se conciban, es decir, como retribución y/o como prevención (general y/o especial) de hechos que, por lo demás, no ha cometido ni podrá cometer en el futuro ni ella misma ni otras personas jurídicas?»²⁸. Dicho de otra manera: si la persona jurídica no comete delitos (el art. 31 bis del CP español es claro al respecto: el delito lo comete la persona física), decir que hay una «pena» que se le impone a ella rompe con aquella «unidad de identidad». En última instancia (*infra* 3), una «pena» para la persona jurídica no es posible (porque la persona jurídica es intrínsecamente un «instrumento») ni conveniente (porque la «pena» sin culpabilidad de la persona jurídica puede desplegar un efecto indeseado en la pena de la persona física).

2. Teorías de la pena

2.1. Prevención general negativa

La idea del efecto intimidante de la pena (de su amenaza o su imposición), que tiene un gran arraigo en la conciencia del profano y ha sido especialmente influyente –hasta hoy²⁹– en la doctrina penal, tiene como precursores tanto a BENTHAM³⁰, en el ámbito anglosajón, como a FEUERBACH³¹, en el ámbito germánico. La teoría de la prevención general negativa concentra, precisamente, la idea de que la pena ha de influir sobre la comunidad (lo que explica el nombre de «prevención general»). Esta, «mediante las amenazas de pena y de la ejecución penal»³², es informada sobre los delitos para que sus integrantes no los cometan. Dicho de manera más clara: a los miembros de la comunidad se les intimida, es decir, se les manifiesta el peligro que corren en caso de que cometan los hechos anudados con pena (de ahí la denominación «negativa»)³³.

citado se refiere expresamente a los «defensores de las teorías comunicativas». Sin embargo, creo que hay que distinguir entre las teorías expresivas y las teorías comunicativas. Sobre esta distinción, por todos, FEIJÓO SÁNCHEZ, en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (eds.), *LH Mir Puig*, 2017, p. 313.

²⁵ MAÑALICH, «La responsabilidad penal de las entidades corporativas. Una defensa filosófica del modelo de la culpabilidad por el carácter», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*, (5), 2024, p. 8.

²⁶ MAÑALICH, *REDEPEC*, (5), 2024, p. 8. Sobre este planteamiento, FEIJÓO SÁNCHEZ, «¿Responsabilidad estructural versus responsabilidad por el hecho? Filosofía y responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Derecho & Sociedad*, (64), 2025, pp. 2 ss.

²⁷ SCHÜNEMANN, «Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (1), 2014, p. 2.

²⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REDEPEC*, (2), 2023, p. 27.

²⁹ Sobre los planteamientos preventivo-generales más importantes en la actual doctrina alemana, con mayor detalle, ROXIN/GRECO, *AT*, 5.ª ed., 2020, 3/25a.

³⁰ BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1780, pp. 167 ss.

³¹ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14.ª ed., 1847, pp. 38 ss.

³² ROXIN/GRECO, *AT*, 5.ª ed., 2020, 3/21.

³³ ROXIN/GRECO, *AT*, 5.ª ed., 2020, 3/25.

Desde la perspectiva de la teoría de la prevención general negativa, se sostiene que el recurso a la intimidación es necesario para proteger bienes jurídicos, protección que no ve a los medios del Derecho civil como suficientes o satisfactorios. En ese sentido, se ha señalado con insistencia que las medidas administrativas (multas, por ejemplo) que tienen como destinataria a la persona jurídica, no han generado el efecto disuasorio esperado³⁴. El argumento esgrimido por los defensores de la punibilidad de la persona jurídica, entonces, sería el siguiente: existe la necesidad de que a la persona jurídica se le impongan «penas» y no simples «sanciones administrativas», pues, sin recurrir al Derecho penal, la reacción estatal dirigida a la persona jurídica no tendría un efecto preventivo general negativo suficiente³⁵. Queda claro que este argumento está condicionado a la admisión de la idea de que una «pena» contra una persona jurídica pueda servir para impedir, en los términos de la prevención general negativa (es decir, mediante la intimidación), que otras personas jurídicas «cometan» delitos³⁶.

Pero la compatibilización de la teoría de la prevención general negativa con la persona jurídica genera, desde el principio, algunas inquietudes. La teoría de la prevención general negativa, que concibe a la pena (su amenaza o su imposición) desde la perspectiva de los efectos intimidatorios que genera, difícilmente puede tener repercusión en la persona jurídica: queda claro que –por carecer de un sistema psíquico– esta no experimenta sensaciones de displacer o de miedo, por lo que la pretensión de la teoría de la prevención general negativa, consistente en intimidar a otros para que no cometan delitos, no podría predicarse en sentido estricto para el ámbito de la persona jurídica³⁷.

Ese problema se ha querido «solucionar» recorriendo, hasta donde puedo entender, dos caminos. En el primero se mantiene una fundamentación psicológica de la teoría de la prevención general negativa, por lo que se ha indicado que mediante la «pena» contra la propia persona jurídica –tanto en su faceta de conminación como de imposición– se provocarían influencias inhibitorias que harían consciente a la persona física –situada «dentro» de la persona jurídica– de que, con la comisión del delito, no solo se pone en peligro a sí misma, sino también a la persona jurídica³⁸. Con ello, la persona física quedaría disuadida para la comisión del delito³⁹. En el segundo, por el contrario, se ha propuesto la idea de que una «pena» a la persona jurídica generaría un efecto compatible con lo que puede entenderse por prevención general negativa, aunque no utilizando una fundamentación psicológica, sino normativa (la «pena» con una «función social-

³⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, pp. 351 ss.

³⁵ Según KUBICIEL, «Verbandsstrafe – Verfassungskonformität und Systemkompatibilität», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, (47-5), 2014, p. 135, «la designación de la sanción como pena puede conducir a una mayor pérdida de reputación y, por tanto, puede desplegar un efecto disuasorio más fuerte que otras formas de reacción».

³⁶ Esta fue la orientación adoptada en el «Proyecto del Gobierno» (*Regierungsentwurf zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft*, de 2020) en Alemania: el pago de una multa por parte de una persona jurídica debía «disuadir» a otras personas jurídicas. Al respecto, con referencias, SCHNEIDER, M. S., *Zu den neuen Möglichkeiten einer Unternehmenssanktionierung zwischen Ordnungswidrigkeitenrecht und Kriminalstrafrecht*, 2023, p. 96.

³⁷ Así, por todos, NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2008, p. 22; SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español», en EL MISMO (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, p. 33. Como señala GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, p. 115, la carencia de un sistema psíquico por parte de la persona jurídica debe conducir a rechazar la idea de que las «penas» del art. 33.7 del CP cumplen con una «función intimidatoria en sentido estricto». Agrega la autora diciendo: «La ausencia de una dimensión aflictiva de la sanción impide que pueda hablarse de una verdadera *pena* de multa» (cursiva en el original).

³⁸ Al respecto, ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, pp. 18, 197.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 14.

comunicativa»⁴⁰), es decir, una pena con función de «conducción»: una «pena» a la persona jurídica puede «forzar la tendencia hacia una autorregulación o auto-organización mediante una medida coactiva»⁴¹. Dicho de otra manera: la «pena», tanto en su faceta de conminación como de imposición, conduciría a que los directivos –personas físicas– de la persona jurídica, en virtud de su capacidad de decisión, implementen controles más efectivos o una mejor organización para la prevención de delitos⁴².

Lo señalado por ambos caminos demuestra a primera vista dos cosas. Primero, que, desde la perspectiva de la prevención general negativa, la «pena» para la persona jurídica (como conminación o como imposición) solo puede tener como destinatario a una persona física y no a una persona jurídica⁴³. Por tanto, si bien «no se puede cuestionar seriamente que una pena asociativa (*Verbandsstrafe*) tiene un efecto preventivo general»⁴⁴, lo cierto es que tal efecto no se dirige a la persona jurídica, sino, en realidad, a quienes se encuentran en su interior. Ahora bien, ese efecto intimidatorio no puede dirigirse a cualquier persona física: para evitar «el problema de fondo» que se desprende del recurso a la prevención general negativa, se debe asegurar que la intimidación no recaiga, sobre cualquier persona física que se encuentra «bajo la influencia del espíritu normativo de la persona jurídica»⁴⁵ (que no deciden ni ejecutan nada), sino sobre aquellos que tienen la capacidad de decisión⁴⁶. De esta manera, el efecto preventivo-general recaería sobre las personas físicas que ejercen cargos de control y administración⁴⁷: para que se intimiden (solo ellas pueden experimentar un efecto psicológico derivado de la amenaza) y no cometan delitos (prevención general negativa con fundamento psicológico) o –incluso mejor– para que implementen controles más efectivos y una mejor organización para prevenir que cualquiera dentro de los contornos de la persona jurídica los cometa (prevención general negativa con fundamento normativo).

Ello es reconocido incluso por los propios partidarios del discurso punitivista: una «pena» (su amenaza o su imposición) a la persona jurídica fomentaría que los órganos de dirección – mediante la realización de actos «positivos» orientados a la gestión, control y organización– impidan la comisión de ilícitos dentro del ámbito la persona jurídica⁴⁸. Dicho de otra manera:

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, en EL MISMO (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance*, 2013, p. 33.

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, en EL MISMO (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance*, 2013, p. 33.

⁴² En esa línea, lo indicado por SILVA SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 15: «la finalidad de aquella presión intimidatoria –a diferencia de lo que sucede con la pena individual– no es que los dirigentes se abstengan personalmente de la comisión de delitos. Para esto ya están las conminaciones penales que se les dirigen como personas individuales. La pretensión del sistema de responsabilidad corporativa es que *administradores y socios impulsen la adopción y mantenimiento de mecanismos que impidan que la estructura organizativa económica –la organización empresarial– favorezca la comisión de delitos individuales*» (cursiva agregada).

⁴³ Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 15; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REDEPEC*, (2), 2023, p. 31.

⁴⁴ EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, p. 204.

⁴⁵ ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, p. 18.

⁴⁶ Resalta ese «problema de fondo», KUBICIEL, *ZRP*, 2014, p. 135.

⁴⁷ Por todos, MITSCH, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 2.ª ed., 2005, p. 167; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2008, p. 23; TIEDEMANN, «Corporate Criminal Liability as a Third Track», en BRODOWSKI et al. (eds.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, 2014, p. 14; SILVA SÁNCHEZ, «¿“Quia peccatum est” o “ne peccetur”? Una modesta llamada de atención al Tribunal Supremo sobre la “pena” corporativa», *InDret*, (1), 2021, p. vi; ALFARO ÁGUILA-REAL, «Personalidad jurídica y penas», *InDret*, (3), 2024, p. 477.

⁴⁸ Así, por todos, NIETO MARTÍN, «Introducción», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, 2013, p. 14, quien señala: «La imposición de sanciones penales o administrativas

una «pena» (como conminación o como imposición) no busca «intimidar» a las personas jurídicas existentes en la comunidad para que no «cometan» delitos, sino para que, en última instancia, las personas físicas al interior de las personas jurídicas no los cometan, siendo esas personas físicas las destinatarias de esa «intimidación»⁴⁹. Esta aseveración –que es posible encontrar también en la literatura angloamericana⁵⁰– confirma dos asuntos: que son las personas físicas las que cometen delitos –a ellas se les quiere intimidar para que no infrinjan las normas que a ellas se dirigen⁵¹– y que la «pena» a la persona jurídica no es más que una instrumentalización de esta (de la pena) para la intimidación de las personas físicas (con capacidad de decisión) situadas en su estructura organizacional (para que ellas instauren mecanismos organizativos tendentes a evitar que la estructura organizativa favorezca la comisión de delitos –por parte de personas físicas–).

Lo segundo que puede ser destacado a partir de una mirada al segundo de los dos caminos antes indicados –que parece ser el que tiene mayor aceptación en la literatura especializada⁵²– consiste en que los partidarios de la responsabilidad «penal» de la persona jurídica realizan una muy curiosa argumentación: ellos señalan que la amenaza de «pena» tiene un efecto preventivo pues estimula a los órganos de dirección de la persona jurídica (personas físicas) para que, como se dijo, implementen controles más efectivos y una mejor organización de cara a prevenir que cualquiera dentro de los contornos de la persona jurídica los cometa. En otras palabras: la «pena» tendría el efecto de incentivar a los directivos de la persona jurídica a adoptar e implementar un *compliance*⁵³. Más allá de que una mera sustitución de la intimidación o disuasión por una influencia positiva o moral para la prevención de delitos no parece resolver nada⁵⁴, ese planteamiento resulta problemático pues, si la «pena» a la persona jurídica es entendida así, entonces se trata de una «pena» impuesta a la persona jurídica «por decisiones estrictamente individuales»⁵⁵. De cualquier manera, el planteamiento en virtud del cual la «pena» a la persona jurídica pretende incentivar a sus directivos a adoptar e implementar un *compliance* parece

a las personas jurídicas es la forma de motivar a sus directivos a que establezcan mecanismos de debido control eficaces».

⁴⁹ Es importante mencionar, en todo caso, como señala WEIGEND, «Verbandssanktionenrecht mit spezialpräventiver Zielsetzung», en LEHMKUHL/WOHLERS (eds.), *Unternehmensstrafrecht. Materiellrechtliche und prozessuale Aspekte*, 2020, p. 302, que el efecto intimidatorio que la «pena» de la persona jurídica tiene sobre las personas físicas «no se puede cuantificar en modo alguno; en particular, no se puede determinar si la amenaza de penas corporativas supone un incentivo para actuar conforme a la ley que trasciende o supera el que se deriva ya de las consecuencias previstas en el Derecho administrativo económico, así como de la previsible responsabilidad penal individual de las personas implicadas».

⁵⁰ Al respecto, por todos, EDGERTON, «Corporate Criminal Responsibility», *Yale Law Journal*, (36), 1927, p. 835; FISSE, «Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions», *Southern California Law Review*, (56), 1983, p. 1160; COFFEE, «Corporate Criminal Liability: An Introduction and Comparative Survey», en ESER/HEINE/HUBER (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities. International Colloquium. Berlin, May 4-6, 1998*, 1999, p. 10; HAMDANI/KLEMENT, «Corporate Crime and Deterrence», *Stanford Law Review*, (61), 2008, p. 282.

⁵¹ VAN WEEZEL, *Polít. Crim.*, (5), 2010, p. 126, quien dice: «Si es un hecho que el destinatario de la sanción “corporativa” es la persona natural, ¿tendrá sentido insistir en que el infractor es la persona jurídica?». Y si a la persona jurídica se le impone una «pena» cuando ella no ha infringido norma alguna, se verifica, según FEIJÓO SÁNCHEZ, «La función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*, (1), 2023, p. 3, «un supuesto ilegítimo de heterorresponsabilidad».

⁵² Al respecto, por todos, SILVA SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 15.

⁵³ FISSE, *Southern California L. Rev.*, (56), 1983, p. 1161.

⁵⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 4.

⁵⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 3, quien, precisamente por eso, dice que «No queda de esta manera justificado el mal que sufre la persona jurídica».

sugerir que este «incrementa también el efecto preventivo de la pena»⁵⁶. Sin embargo, dudo que esto sea así: no solo porque esto supone un enfrentamiento con la difundida comprensión del *compliance* como *soft law* (su incumplimiento no acarrea ninguna sanción⁵⁷), sino también porque el *compliance*, más bien, ayuda a la identificación de la persona física y a la elevación de las posibilidades de que esta sea aprehendida y enjuiciada. Es decir, ayuda al fortalecimiento del efecto preventivo (frente a la persona física) que posee un sistema de administración de justicia eficaz (y no la pena –su amenaza o su imposición–)⁵⁸.

Otro de los asuntos que caracteriza al planteamiento de la prevención general negativa es el referido al «modelo» de persona que parece proponer: un sujeto que calcula racionalmente⁵⁹. Pues bien, si aquel planteamiento ha establecido que el autor en el Derecho penal económico es el arquetipo del *homo oeconomicus*⁶⁰, la persona jurídica respondería a la imagen de una *societatis oeconomica*: calcula si vale la pena la comisión del delito, siempre que los posibles inconvenientes no superen las ventajas⁶¹. La persona jurídica, por tanto –como sucede con la persona física–, también puede ser caracterizada desde la perspectiva del delincuente racionalmente calculador⁶². Esto quiere decir que la prevención parece situarse en primer plano a partir de la racionalidad económica⁶³. Aquel «cálculo», por lo demás, se produce por una serie de «procesos internos» (*rectius*: de un cúmulo de decisiones previas tomadas internamente por personas físicas, tras sopesar estas los costes y beneficios en interés de la persona jurídica) de los que, a su vez, se deriva «una decisión atribuible a la asociación»⁶⁴. Dado que las personas físicas son intimidables, entonces las personas jurídicas también lo son⁶⁵, pues aquellas «llevan a cabo las acciones decisivas relacionadas con la asociación [y] actúan de forma calculada en interés de la asociación»⁶⁶. En definitiva: las personas físicas (particularmente aquellas encargadas de la toma de decisiones) decidirían actuar de manera consciente conforme a Derecho –como

⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, REDEPEC, (1), 2023, p. 12.

⁵⁷ De hecho, TIEDEMANN, «El Derecho comparado en el desarrollo del Derecho penal económico», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, 2013, pp. 37, ha señalado que ese es su «carencia principal».

⁵⁸ Sobre la discusión si es la amenaza de pena la que desempeña un efecto intimidatorio (para la colectividad de personas físicas) o si realmente es la eficacia de la administración de justicia penal la que lo tiene, ALPACA-PÉREZ, «Sobre la imposición de la pena como retribución», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22-21), 2020, pp. 7 ss.

⁵⁹ Al respecto, por todos, MENTOVICH/CERF, «A Psychological Perspective on Punishing Corporate Entities», en BRODOWSKI *et al.* (eds.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, 2014, p. 36. También GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, pp. 113 ss.

⁶⁰ Por todos, EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, p. 204.

⁶¹ WEISSMANN/NEWMAN, «Rethinking Criminal Corporate Liability», *Indiana Law Journal*, (82), 2007, p. 428.

⁶² WOHLERS, «Strafzwecke und Sanktionsarten in einem Unternehmensstrafrecht», en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 242. En la doctrina española, FARALDO CABANA, «Capítulo 7: Las penas», en JUANES PECES (dir.), *Memento Experto. Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, 2015, p. 121, incluso califica a las personas jurídicas como «delincuentes racionales por excelencia».

⁶³ VOGEL, «Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht», en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 209, quien seguidamente dice: «las penas son costes para la persona jurídica, y es económicamente racional invertir en un *Compliance-Management* para evitarlas».

⁶⁴ KOHLHOF, *Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe. Eine straftheoretische Untersuchung*, 2019, p. 65.

⁶⁵ ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, pp. 196 ss.; EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, p. 204; DANNECKER, «Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2001, p. 114; BERTOSSA, *Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen*, 2003, pp. 61 ss.; KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2007, p. 292.

⁶⁶ KOHLHOF, *Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe*, 2019, p. 65.

consecuencia del efecto intimidatorio que se desprende de la «pena» para la persona jurídica⁶⁷— «para evitar una intromisión estatal negativa en detrimento de [ella]»⁶⁸.

Si se considera, entonces, que las personas jurídicas responden al paradigma del delincuente calculador racional, solo puede tener sentido que ellas (a través de sus respectivos órganos de dirección) se aseguren de que las personas físicas situadas en su estructura no cometan delitos si es que la reacción contra ellas (la «pena») alcanza una gravedad tal que haga imposible clasificar tales delitos como un «coste molesto» que pueda ser cargado a la «caja chica»⁶⁹. Dicho de otra manera: mientras el coste del delito cometido por la persona física aún «trae cuenta» (esto es: está dentro de lo que se puede asumir, siendo ello incluso ventajoso para la persona jurídica), entonces no habría motivo alguno para evitar ese delito⁷⁰. Una sanción que se percibe como una especie de «impuesto», esto es, como un «costo por hacer negocios [...] similar a cualquier otro costo de producción»⁷¹ no puede ser «especialmente intimidatoria»⁷². Si a esto se agrega el hecho de que el coste del delito (esto es, la cuantía de la «pena» de multa) puede ser objeto de cobertura por un seguro, se entiende la aparición de un justificado escepticismo con respecto a la viabilidad de una «pena» de multa⁷³ (paradójicamente, la reacción estatal más significativa en un pretendido «Derecho penal de la persona jurídica» y de imposición obligatoria en el vigente Derecho penal español⁷⁴).

Desde la teoría económica se dice que si el costo esperado del castigo supera la ganancia esperada, el delincuente quedará disuadido de cometer el delito. El costo esperado del castigo, sin embargo, está condicionado a la posibilidad de descubrimiento del delito. Esto conduce, en última instancia, a lo que COFFEE ha llamado la «trampa de la disuasión» («*deterrence trap*»): la capacidad de pago se convierte en una «barrera» para la disuasión si es que el costo de punición esperado (la cuantía de la multa, por ejemplo), necesario para disuadir, supera, precisamente, tal capacidad de pago⁷⁵. Y esto es particularmente importante si es que, como sucede en los delitos económicos, la tasa de descubrimiento de delitos es generalmente muy baja⁷⁶. En adición a lo expuesto, la idea de que una «pena» contundente dirigida a la persona jurídica la «disuade» de

⁶⁷ ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, pp. 197 ss.

⁶⁸ KOHLHOF, *Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe*, 2019, p. 65.

⁶⁹ WOHLERS, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 242.

⁷⁰ MENTOVICH/CERF, en BRODOWSKI et al. (eds.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, 2014, 36.

⁷¹ LARKIN/SEIBLER, «All Stick and No Carrot: The Yates Memorandum and Corporate Criminal Liability», *Stanford Law Review*, (46), 2016, p. 15.

⁷² VOLK, «Zur Bestrafung der Unternehmen», *Juristenzeitung*, 1993, p. 434.

⁷³ Al respecto, las consideraciones que ofrece BERTOSSA, *Unternehmensstrafrecht*, 2003, pp. 225 ss.

⁷⁴ GIL NOBAJAS, «Consideraciones en torno a la imposición y determinación de penas interdictivas a personas jurídicas», en LANDA GOROSTIZA et al. (coords.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma de 2015*, 2017, p. 290.

⁷⁵ COFFEE, «“No Soul to Damn: No Body to Kick”: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment», *Michigan Law Review*, (386), 1981, p. 390, ofrece el siguiente ejemplo: «si una corporación que tiene 10 millones de dólares en su acervo patrimonial se enfrente a la oportunidad de ganar un millón de dólares mediante la realización de un delito, tal conducta no podría ser lógicamente disuadida por sanciones pecuniarias dirigidas a la corporación si el riesgo de descubrimiento está por debajo de 10%. Esto es, si la posibilidad de descubrimiento (*risk of apprehension*) fuera 8%, la pena necesaria tendría que ser 12.5 millones de dólares (esto es, 1 millón por 12.5, el correspondiente a 8%). Pero tal multa excede la capacidad de pago de la corporación. En pocas palabras, nuestra habilidad de determinar a la corporación puede ser confundida por nuestra inhabilidad de establecer un costo de pena adecuada que no exceda los recursos de la corporación». Sobre la «*deterrence trap*», también, FARALDO CABANA, en JUANES PECES (dir.), *Memento Experto. Responsabilidad penal*, 2015, p. 121.

⁷⁶ COFFEE, *Michigan L. Rev.*, (386), 1981, p. 390.

«cometer» delitos no es fácilmente admisible. Más allá de que no existe evidencia empírica suficiente que permita sostener ese planteamiento, la cuestión es, en realidad, más compleja: no es posible pensar que una persona jurídica está más «disuadida» por una multa de tres millones de euros que por una multa de cien mil euros pues ni una ni otra «disuade» cuando ambas cuantías están fuera de la capacidad de pago de la persona jurídica, la cual es un «límite absoluto al alcance de la amenaza disuasoria que a ella se dirige»⁷⁷. En el caso de la persona física, se podría decir que el no pago de la multa impuesta, al suponer una posible privación de libertad (art. 53 del CP español), aún tiene un efecto preventivo⁷⁸. Pero ello no se puede predicar en el caso de la persona jurídica⁷⁹.

Por otro lado, la propuesta de comprensión de la «pena» a la persona jurídica desde la perspectiva de la teoría de la prevención general negativa conduce necesariamente a abordar una de sus principales críticas: la posibilidad de arribar a un «terror estatal» mediante la pena⁸⁰. En efecto, si se quisiera que una pena dirigida a la persona jurídica tuviera un carácter realmente intimidatorio, se podría pensar en que esa pena tendría que ser lo suficientemente alta o contundente de tal manera que pueda tener un impacto sensible en sus balances y solo así se pueda afirmar un efecto intimidatorio (para la persona jurídica)⁸¹. Piénsese, por ejemplo, en una «pena» consistente en la disolución de la persona jurídica o en una multa tan severa que materialmente imposibilite a la persona jurídica la recuperación de la solvencia después de su pago o la deje en una situación de incapacidad material de proseguir con sus actividades. El peligro de que la persona jurídica deje de existir, entonces, podría ser –como se ha admitido en la doctrina de los Estados Unidos⁸²– la más evidente expresión de una pena sostenida en la prevención general negativa. Después de todo, ¿Qué puede ser más disuasorio para una persona jurídica (*rectius*: para las personas físicas situadas en su interior y que la dirigen) que la propia posibilidad de desaparecer?⁸³

Sin embargo, una persona jurídica difícilmente puede soportar su vinculación con un delito: el peligro para su propia existencia es verificable ya desde el propio inicio de un proceso penal en el que ella, incluso, podría en última instancia no formar parte⁸⁴. Esto ya genera muchos

⁷⁷ COFFEE, *Michigan L. Rev.*, (386), 1981, p. 390.

⁷⁸ De hecho, que el incumplimiento del pago de la multa pueda suponer la aparición de una privación de libertad es lo que permite hablar de una (genuina) pena de multa, que afecta derechos innatos. Al respecto, GRECO, GA, 2015, p. 513.

⁷⁹ Para la que, en el ordenamiento jurídico español, no está prevista la responsabilidad por el delito de quebrantamiento de condena (arts. 468 a 471 del CP).

⁸⁰ ROXIN/GRECO, AT, 5.ª ed., 2020, 3/32.

⁸¹ HIRSCH, H.-J., «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (46-3), 1993, p. 1113, sobre el asunto, señala: «Como puede observarse en el Derecho de las contravenciones, si se impone una multa millonaria contra una sociedad anónima por un delito económico, entonces, las demás empresas pensarán bien si quieren correr tal riesgo de sanción».

⁸² Al respecto, por todos, LINZEY, «Awakening a Sleeping Giant: Creating a Quasi-Private Cause of Action for Revoking Corporate Charters in Response to Environmental Violations», *Pace Environmental Law Review*, (13), 1995, p. 221.

⁸³ HAMDANI/KLEMENT, *Stanford L. Rev.*, (61), 2008, p. 278.

⁸⁴ Al respecto, BUCY, «Organizational Sentencing Guidelines: The Cart Before The Horse», *Washington University Law Quarterly*, (71), 1993, pp. 352 ss., quien señala: «Además de las consecuencias colaterales, la persona jurídica condenada puede enfrentar una publicidad adversa. En algunas ocasiones solo la publicidad adversa puede provocar una devastación corporativa, como cuando los ahorristas acuden en masa a retirar sus depósitos de una institución financiera condenada o incluso procesada». También, ANDERSON/WAGGONER, *The Changing Role of Criminal Law in Controlling Corporate Behavior*, 2014, p. 19, quienes dicen lo siguiente: «La idea de que la

problemas: primero, si es que la vinculación de la persona jurídica con un delito ya es una «herida de muerte» para ella, entonces no hay incentivo alguno para que los directivos implementen medidas preventivas de delitos o medidas internas (despido o multas) contra la persona física involucrada en el delito⁸⁵ (pues si la persona jurídica de todas maneras va a «morir», ¿para qué gastar recursos en un *compliance* –que, además, le concede pocos beneficios–?); segundo, si después de quedar involucrada con un delito, la persona jurídica está «herida de muerte» y no le queda más que la futura disolución o modificación de identidad (pues su reputación ya ha quedado gravemente afectada), entonces, hasta que eso suceda, las personas físicas en su interior no tendrán incentivos para no cometer otros delitos hasta que la persona jurídica «muera» o se «transfigure» en otra.

De cualquier manera, el efecto intimidatorio no necesariamente debe estar asociado con una «pena» con la contundencia antes mencionada. Así, es posible reconocer otras reacciones que pueden conmover a la persona jurídica como, por ejemplo, el denominado «efecto picota» («*Prangerwirkung*») que se produce con la publicación de la correspondiente sentencia⁸⁶ o la exclusión del ámbito de sujetos que pueden llevar a cabo contrataciones públicas con el Estado⁸⁷. En todo caso, se reconoce también en la doctrina que, en el caso de la persona jurídica, es suficiente la «probabilidad de sanción» y «no solo la cuantía de la amenaza abstracta de sanción o la cuantía de la sanción concreta»⁸⁸. Que ello sea suficiente para lograr un efecto intimidatorio se explica en la tenue identidad de la persona jurídica⁸⁹.

En definitiva, la teoría de la prevención general negativa no permite explicar la (amenaza o la imposición de la) «pena» para la persona jurídica. La formulación más plausible sobre el asunto en el marco del discurso punitivista (la teoría de la prevención general negativa con fundamento normativo) deja claro que, en última instancia, es la persona física a quien se dirige la «intimidación»: sobre ella ha de recaer (e, incluso, incrementar) la coacción psicológica⁹⁰. Las célebres críticas a la teoría de la prevención general negativa (la referida al «modelo» de persona a quien se dirige la intimidación y la relacionada al «terror estatal»), formuladas en el marco de la discusión sobre la legitimación de la pena de la persona física (y que demuestran su inadecuación como teoría de la pena⁹¹), no se resuelven al trasladar esa teoría al ámbito de la «pena» de la persona jurídica, sino que permiten la aparición de nuevos problemas.

2.2. Prevención especial

La teoría de la prevención especial, «recuperada» en el ámbito alemán⁹², entre otros, por VON LISZT y la «Escuela sociológica del Derecho penal» en el marco de su oposición con la teoría de la retribución a finales del siglo XIX⁹³, es, al igual que la teoría de la prevención general, una teoría

corporación por sí misma puede tener un interés y un prestigio independientes en el resultado de un procedimiento contra un individuo no es un argumento que se esgrima con frecuencia hoy en día».

⁸⁵ HAMDANI/KLEMENT, *Stanford L. Rev.*, (61), 2008, p. 291.

⁸⁶ DANNECKER, GA, 2001, pp. 126 ss.

⁸⁷ WOHLERS, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 243.

⁸⁸ WOHLERS en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 243.

⁸⁹ VAN WEEZEL, *Polít. Crim.*, (5), 2010, p. 125.

⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 13.

⁹¹ Al respecto, ALPACA-PÉREZ, *RECPC*, (22-21), 2020, pp. 12 ss.

⁹² STRATENWERTH, *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?*, 1996, p. 9.

⁹³ VON LISZT, «Der Zweckgedanke im Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (3), 1883, pp. 1 ss.

relativa, pues se refiere también a la prevención del delito⁹⁴. Sin embargo, su atención se concentra no en la comunidad, sino en el concreto delincuente que ha cometido un delito (por eso la denominación de «especial»), de tal manera que no lo vuelva a cometer en el futuro (esto explica su perspectiva exclusivamente prospectiva). Para lograr esto, propone la aplicación de mecanismos que permitan rehabilitar al delincuente (de ahí la denominación de «positiva») o que persigan su neutralización o expulsión (lo que justifica su calificación como «negativa»). En lo que respecta a la «pena» de la persona jurídica, usualmente se ha recurrido a la prevención especial positiva para su legitimación, pues se ha considerado que, a través de ella, se podrían producir reformas estructurales en su organización⁹⁵.

En Alemania (en el marco de las reformas posteriores a la Segunda Guerra Mundial), el recurso a la prevención especial positiva se tomó en consideración cuando se discutió sobre la posibilidad de imponer medidas de seguridad a la persona jurídica⁹⁶. Es decir, la posibilidad de admitir la prevención especial apareció solo como consecuencia de la imposibilidad de poder acudir a la pena para reaccionar frente a la persona jurídica. Dado que a esta no se le puede imponer una pena, sí sería viable el recurso a la medida de seguridad pues esta parece «escapar» de las tradicionales objeciones que recaen sobre aquella: «las medidas de seguridad no presuponen culpabilidad, no contienen –por lo menos teóricamente– un reproche moral y pueden limitarse a ser adecuadas sin pretender más»⁹⁷. Pese a lo atractivo del planteamiento –que, por lo demás, contaba con importantes defensores en la doctrina alemana de la época⁹⁸–, ese fue en última instancia dejado de lado pues se estimó indispensable la satisfacción de necesidades preventivo-generales⁹⁹.

De cualquier manera, en la doctrina alemana se reconoce el efecto preventivo especial positivo que puede generar la «pena» a la persona jurídica: dado que a esta le interesa reparar el daño reputacional originado en la declaración judicial que la vincula con un delito, podría empeñarse en reforzar los controles internos en el marco de su estructura organizacional para evitar que aquel se repita¹⁰⁰. Por otro lado, también se ha dicho que la «pena» a la persona jurídica tendría

⁹⁴ ROXIN/GRECO, *AT*, 5.ª ed., 2020, 3/11.

⁹⁵ SCHWINGE, *Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts*, 1996, pp. 216 ss. Por su parte, GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, p. 111, señala que tanto en ordenamientos donde se castiga con «pena» a las personas jurídicas (Estados Unidos) como en los que no (Alemania, Italia), «el fin buscado es la prevención [...] en concreto, la prevención especial positiva».

⁹⁶ Con más detalles, SCHMITT, R., *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände. Gleichzeitig ein Beitrag zur Lehre von den strafrechtlichen Unrechtsfolgen*, 1958, pp. 127 ss.

⁹⁷ STRATENWERTH, «Strafrechtliche Unternehmenshaftung?», en GEPPERT/BOHNERT/RENGIER (eds.), *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag*, 1992, p. 303. Ese argumento parece haber sido adoptado en Austria y Suiza (que tienen una tradición jurídica común con Alemania) para instaurar en su legislación penal una responsabilidad «penal» de la persona jurídica. Al respecto, PIETH, «Braucht Deutschland ein Unternehmensstrafrecht?», *Kritische Justiz*, (47), 2014, p. 277.

⁹⁸ Con referencias, SCHMITT, R., *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände*, 1958, p. 127, quien alude a EXNER (1914), HAFTER (1926), VON HIPPEL (1930), JESCHECK (1953, 1955) y BRUNS (1954) como defensores de la posibilidad de aplicar medidas de seguridad a la persona jurídica.

⁹⁹ En el marco del 40. *Deutsche Juristentag* (1953), esa fue la opinión, por ejemplo, de WEBER y DE LANGE. Luego, en el marco de la «Gran Comisión de Derecho penal» (1954), ese planteamiento fue respaldado por MEZGER y BOCKLEMAN. Al respecto, SCHMITT, R., *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände*, 1958, p. 128.

¹⁰⁰ Al respecto, por todos, ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, pp. 197 ss.; HIRSCH, H.-J., *ADPCP*, (46-3), 1993, p. 1113; DANNECKER, *GAT*, 2001, p. 114; BERTOSSA, *Unternehmensstrafrecht*, 2003, pp. 63 ss.; KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2007, p. 289. Esta fue la perspectiva asumida en el «Proyecto de Colonia» (*Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes*, de 2017), donde se dice que con la pena se pretende instar a la persona jurídica a convertirse en un «buen ciudadano corporativo» («Good Corporate Citizen»). También se identifica una pretensión preventivo-especial positiva en el

un efecto indirecto sobre las personas físicas situadas en la estructura organizacional de aquella, consistente en contrarrestar la posibilidad de excusar o consentir la comisión de delitos, lo que frecuentemente se hace con la alegación de que tales hechos son cometidos en interés o en beneficio de la persona jurídica¹⁰¹. Que la «pena» para la persona jurídica puede constituir un refuerzo contra la existencia de un eventual «espíritu criminal empresarial»¹⁰² constituye un argumento para sostener que «también en la persona jurídica se puede alcanzar una especie de efecto regenerador (*Besserungswirkung*)»¹⁰³. Finalmente, se ha indicado –aparentemente, desde la perspectiva de la prevención especial negativa– que, así como con la pena que se impone a la persona física (entendida como sujeto peligroso) se protege a la comunidad, lo mismo se podría afirmar con respecto a la «pena» que se impone a la persona jurídica. Esto sucedería con las «penas» de cierre empresarial (*Betriebsstilllegung*) o de disolución (*Auflösung*)¹⁰⁴.

En la doctrina angloamericana la prevención especial positiva parece ser la fundamentación teórica con mayor calado¹⁰⁵. En ese sentido, la llamada «*corporate criminal liability*», se dice, permite pensar en la posibilidad de «mejora» de la persona jurídica¹⁰⁶, en el sentido de que todos aquellos que se encuentran en la situación de influir en su destino (las personas físicas), se pueden esforzar por evitar la futura comisión de delitos. Conforme a esto, se suele decir que la «pena» que se impone a la persona jurídica tiene sentido solo desde una perspectiva prospectiva¹⁰⁷, pues «el objetivo de la persecución penal es la rehabilitación de la organización para cambiar su cultura corporativa, de tal manera que pueda prevenir de manera más efectiva futuras infracciones»¹⁰⁸. La «pena» que se impone a la persona jurídica, por tanto, se comprende como un «instrumento para la reforma corporativa y no solamente como un mero medio para exigir una forma de retribución sin sentido»¹⁰⁹.

«Proyecto del Gobierno» (*Regierungsentwurf zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft*, de 2020), al atender a los esfuerzos de adopción e implementación de un *compliance* en el marco de la persona jurídica. Al respecto con detalle, SCHNEIDER, M. S., *Zu den neuen Möglichkeiten einer Unternehmenssanktionierung zwischen Ordnungswidrigkeitenrecht und Kriminalstrafrecht*, 2023, pp. 71, 96.

¹⁰¹ KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2007, p. 289.

¹⁰² ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, p. 198.

¹⁰³ ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, p. 198.

¹⁰⁴ EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, p. 205.

¹⁰⁵ GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, p. 104.

¹⁰⁶ Al respecto, FISSE/BRAITHWAITE, *Corporations, Crime and Accountability*, 1993, p. 223, quienes indican en su estudio que, después de la condena a una persona jurídica, esta suele llevar a cabo reformas internas significativas para minimizar la probabilidad de nuevos delitos en el futuro. Entre las medidas que se asumieron se pueden verificar las siguientes: la imposición de medidas disciplinarias a las personas físicas implicadas, el establecimiento de nuevas «Políticas de empresa» («*Company policies*»), la creación de un sistema de control más eficaz, la instauración de un mejor flujo de información a la dirección de la persona jurídica y la creación de un «clima de control».

¹⁰⁷ HENNING, «Corporate Criminal Liability and the Potential for Rehabilitation», *American Criminal Law Review*, (46), 2009, p. 1428. Incluso más adelante este autor señala: «El objetivo [...] debería ser adaptar la pena a la reparación (*remediation*) de cualquier daño y reformar a la persona jurídica, de tal manera que la retribución no desempeñe ningún papel al momento de determinar la sanción penal apropiada».

¹⁰⁸ HENNING, «Should The Perception of Corporate Punishment Matter?», *Journal of Law and Policy*, (19), 2010, p. 87. En una contribución anterior, HENNING, *American Criminal L. Rev.*, (46), 2009, p. 1428, este autor sostuvo que, a diferencia de lo que podría suceder con una persona física, en el caso de la persona jurídica una «rehabilitación» es más clara: «los pasos que toma una organización para implementar reformas son mucho más transparentes y verificables».

¹⁰⁹ HENNING, *Journal of Law and Policy*, (19), 2010, p. 88. En la doctrina española, FARALDO CABANA, en JUANES PECES (dir.), *Responsabilidad penal*, 2015, p. 158, ha dicho que la prevención especial se concretaría, por ejemplo, en «incentivar a la persona jurídica a adoptar medidas preventivas, en fin, a resocializarse».

El resultado de lo indicado podría ser, entonces, el siguiente: en lugar de una «pena» de multa (que reflejaría un pensamiento retributivo¹¹⁰), la persona jurídica –de cara a la reforma de su estructura organizativa– podría quedar sujeta, por ejemplo, a una «pena» consistente en la implementación de un programa de cumplimiento, o, en caso de tener ya uno –pese a lo cual se cometió el delito–, la «pena» a la persona jurídica estaría orientada a incrementar el control interno, modificando la llamada «cultura corporativa» de cara a la evitación de nuevos delitos en el futuro. Asimismo, el recurso a los *Deferred Prosecution Agreements* (DPA) o a los *Non-Prosecution Agreements* (NPA) para la resolución de investigaciones penales a personas jurídicas, se dice, resalta el enfoque rehabilitador de la organización como el objetivo más apropiado de la aplicación del Derecho penal a las personas jurídicas (el objetivo de tales acuerdos es prevenir futuros delitos)¹¹¹. Queda claro entonces que, desde la perspectiva expuesta, tanto la «pena» como la propia persecución penal «favorecen la rehabilitación de la persona jurídica»¹¹².

Lo acabado de indicar sobre la prevención especial positiva permite la aparición de dos importantes inquietudes. La primera tiene que ver con la «pena» de multa. Parece difícil conciliar a la multa (la reacción estatal más importante contra la persona jurídica) con las bases teóricas de la prevención especial positiva¹¹³: se ha dicho al respecto no solo que la multa «solo con mucha imaginación puede verse como una medida que potenciará el retorno de la empresa a la comunidad jurídica»¹¹⁴, sino también que, de entre todos los instrumentos disponibles para una mejora de la organización dispuesta desde el exterior, la multa es «la menos interesante»¹¹⁵. Si con la multa se quisiera satisfacer una finalidad preventivo-especial, aquella tendría que ser una especialmente intensa, desde una perspectiva tanto pecuniaria como reputacional. En ese sentido, se ha dicho que, para cumplir con la finalidad de la prevención especial positiva, la multa tendría que ser «suficientemente cruel»¹¹⁶.

En efecto, solo una multa de una muy elevada cuantía podría hacer que los integrantes del órgano de dirección de la persona jurídica, para no arriesgarse a volver a pasar por lo mismo en el futuro –esto es, volver a pagar una multa tan elevada–, se decidan a implementar los controles internos o a reforzar los ya existentes, por ejemplo, mediante una mejor selección de aquellos que actúan en nombre de la persona jurídica, mediante el establecimiento de directrices de conducta y mediante la garantía de un «clima empresarial» en el que los delitos cometidos por los directivos no encuentren un «caldo de cultivo»¹¹⁷. Asimismo, solo una multa especialmente aflictiva para la reputación de la persona jurídica podría hacer que los integrantes de su órgano de dirección, para no arriesgarse a volver a pasar por lo mismo en el futuro –esto es, volver a enfrentarse a una

¹¹⁰ HENNING, *American Criminal L. Rev.*, (46), 2009, p. 1428. Con esto HENNING no quiere decir que a la persona jurídica no se le pueda imponer una multa. Lo que plantea es que, si se le impone una multa, su determinación tome en cuenta primordialmente «la remediación de cualquier daño y la reforma de la corporación», de tal manera que «la retribución no desempeñe rol alguno» en esa tarea.

¹¹¹ HENNING, *American Criminal L. Rev.*, (46), 2009, p. 1420.

¹¹² Por tanto, dice HENNING, *Journal of Law and Policy*, (19), 2010, p. 87, «la noción de reforma, más que las sanciones retrospectivas, se convierte en el medio para evaluar si el Derecho penal debería ser utilizado contra la organización».

¹¹³ FEIJÓO SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 6, le atribuye a la multa una finalidad «preventivo-general» o «al menos, una finalidad coactiva diferente a la prevención especial».

¹¹⁴ SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, «El art. 31.2 del Código Penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?», *InDret*, (2), 2006, p. 15.

¹¹⁵ WEIGEND, en LEHMKUHL/WOHLERS (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2020, p. 305.

¹¹⁶ WOHLERS, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 244.

¹¹⁷ EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, p. 205.

multa que represente un daño reputacional–, decidan suprimir las causas que condujeron al delito (por ejemplo, reorganizando las áreas empresariales criminógenas), así como adoptar e implementar programas de *compliance*.

Sin embargo, paradójicamente, una «pena» de multa de muy elevada cuantía o especialmente aflictiva difícilmente puede alcanzar el antes indicado «efecto regenerador» o la llamada «reforma corporativa»: no solo porque el patrimonio social de la persona jurídica se destina al pago de la multa y no –como debería ser desde una perspectiva preventivo-especial positiva– a la instauración de controles internos dentro de los márgenes de la organización (asunto que, por lo demás, es bastante costoso), sino también porque una persona jurídica intensamente afectada tanto en su capacidad económica como en su prestigio, difícilmente pueda seguir existiendo. Así como es posible pensar que una persona jurídica «penada» se abstendrá «aún más que lo que ocurre con las [personas físicas] de volver a entrar en conflictos con la ley respectiva»¹¹⁸ (en esto radicaría, precisamente, el efecto preventivo especial positivo de la «pena» impuesta), también es imaginable que la persona jurídica «penada», descapitalizada por haber pagado una multa de elevada cuantía, desaparezca. Y frente a una entidad materialmente «liquidada» –o camino a serlo– cualquier finalidad legitimadora de la «pena» –más aún la prevención especial positiva– es «en gran medida inalcanzable»¹¹⁹. Una «pena» de multa de elevada cuantía puede ser materialmente equiparable a una «pena» de disolución (explicable únicamente desde la perspectiva de la prevención especial negativa).

La segunda cuestión consiste en que la adopción de la prevención especial positiva como fin de la «pena» que se impone a la persona jurídica parece ser problemática no solo con la multa como principal reacción estatal contra ella (en España, de hecho, como ya se dijo, su imposición es obligatoria), sino también con la mayoría de las otras medidas (de imposición facultativa en España¹²⁰). En ese sentido, se tendría que excluir como «penas» para la persona jurídica –si se quisiera legitimarlas en la prevención especial positiva–, por ejemplo, a la prohibición definitiva de actividades futuras o a la disolución (previstas en el art. 33.7 del CP español)¹²¹. Estas, que buscan «inocuidar» o «neutralizar», se entienden, como se ha indicado, solo desde la perspectiva de la prevención especial negativa¹²². Con todo, esta tampoco podría erigirse como teoría de la «pena» pues no explica todas las «penas» para la persona jurídica, sino solo las de imposición facultativa (y no la «pena» de multa –salvo una de elevada cuantía, en la que el efecto preventivo especial negativo, consistente en la desaparición de la persona jurídica, podría aparecer, paradójicamente, como un efecto no deseado–). Y si tales «penas» –las de imposición facultativa– están orientadas a la neutralización de la peligrosidad instrumental u organizativa de la persona jurídica, no solo pierden su identidad material como «penas» (pues se confunden

¹¹⁸ HIRSCH, H.-J., *ADPCP*, (46-3), 1993, p. 1113.

¹¹⁹ DROPE, *Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe*, 2002, p. 347.

¹²⁰ ROCA DE AGAPITO, «Sanciones penales a entes colectivos», en EL MISMO (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., 2024, p. 251.

¹²¹ Esta aseveración queda clara en el «Proyecto de Colonia» (*Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes*, de 2017), en la que, en virtud de la perspectiva preventivo-especial (positiva) asumida, se renunció a «sanciones» como la disolución, la publicación de la condena, la exclusión de subvenciones para la asociación y de adjudicación para contratos públicos. En ese proyecto solo la multa estaba prevista como «sanción». Al respecto, con detalle, SCHNEIDER, *Zu den neuen Möglichkeiten einer Unternehmenssanktionierung zwischen Ordnungswidrigkeitenrecht und Kriminalstrafrecht*, 2023, p. 84.

¹²² De hecho, GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, p. 124, señala que «La mayor parte de las medidas del art. 33.7 responden a criterios de inocuidación». Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 17, se refiere a la clausura de establecimientos, la privación de la posibilidad de contratación pública y la disolución como manifestaciones de una «inocuidación».

con las consecuencias accesorias¹²³), sino que revelan que la razón de su imposición radica en la evitación de que la persona física acuda a la estructura organizativa de la persona jurídica para continuar con futuras actividades delictivas.

De cualquier manera, un asunto especialmente problemático radica en la absoluta difuminación de los contornos de la prevención especial positiva como finalidad de la «pena» dirigida a la persona física. En efecto, la reacción estatal contra la persona jurídica, en ordenamientos que califican esa reacción como «pena» (Estados Unidos, España) o no (Alemania, Italia), se caracteriza esencialmente por su pretendido carácter preventivo, esto es, por la búsqueda de la organización –conforme a Derecho– de la persona jurídica, lo que sucedería mediante la adopción e implementación de un *compliance*. Si esto es así, creo que esa pretensión preventiva no tendría que ser calificada necesariamente como propia de la prevención especial positiva¹²⁴, pues, como se ha visto *supra*, la evitación de delitos en el ámbito de la persona jurídica a través de la adopción e implementación del *compliance* es algo que también sostiene la defensa de la prevención general negativa entendida en sentido normativo¹²⁵. Y si esto es así, la frontera entre la prevención especial positiva y la prevención general negativa, en la fundamentación de la «pena» para la persona jurídica, desaparecería por completo¹²⁶. En el Derecho penal de la persona física no hay problema en conciliar la finalidad preventivo general negativa y la finalidad preventivo especial positiva (ejemplo: la teoría dialéctica de la unión¹²⁷), precisamente, porque ambas están centradas en la prevención. Pero en el «Derecho penal de la persona jurídica», esas finalidades directamente pierden sus límites y se vuelven una y la misma cosa¹²⁸.

Ahora bien, más allá de esto, cabe realmente preguntarse: ¿es posible llamar «pena» a una reacción que, como resultado de la declaración de responsabilidad de una persona jurídica, consiste prioritariamente en la promoción de la adopción e implementación de un *compliance*? O, dicho de otra manera –en términos más generales–, ¿es posible recurrir al Derecho penal solo por una «necesidad de reforma de la organización»¹²⁹? Estas preguntas, a mi juicio, han de ser respondidas negativamente. Si se recuerda la definición de la teoría de la prevención especial positiva, se debe tener claro que, después de cometido el delito, al responsable por él (la persona física) se le impone una pena para que no vuelva a cometerlo en el futuro. Si se traslada esta lógica al ámbito de la persona jurídica, habría que admitir la necesidad de la comisión de un delito para que, solo después de eso, se implementen medidas correctivas respecto de la persona

¹²³ Al respecto, GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, p. 240.

¹²⁴ GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, p. 111.

¹²⁵ GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, p. 115, quien dice «al fin al cabo, “prevenir mediante conducción” no es sino dirigir mediante una suerte de prevención especial adaptada a personas jurídicas».

¹²⁶ Esto se refleja con claridad, a mi juicio, con el planteamiento ofrecido, en la doctrina española, por SILVA SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 14, quien dice: «Mediante la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se pretende introducir un incentivo para la implantación de programas de *compliance* de prevención y detección de delitos. Es decir, se construye un sistema de prevención general con el fin de producir una prevención especial autogestionada. En efecto, esta técnica constituye una vía alternativa a la de un sistema de prevención especial heterogestionada. A saber, la implantación coactiva de tales modelos mediante una coacción física directa predelictual o postdelictual –es decir, como una medida de seguridad en sentido estricto–» (cursiva agregada).

¹²⁷ ROXIN/GRECO, *AT*, 5.ª ed., 2020, 3/36 ss.

¹²⁸ Aunque dudo que esto sea un problema, por lo menos, para algunos planteamientos en la doctrina angloamericana. Por todos, FISSE, *Southern California L. Rev.*, (56), 1983, p. 1164, quien, refiriéndose a la rehabilitación y a la incapacitación, entiende que estas son «inherentes al objetivo de la disuasión».

¹²⁹ HENNING, *American Criminal L. Rev.*, (46), 2009, p. 1429.

jurídica –en cuyo nombre o por cuya cuenta y en cuyo beneficio se cometió el delito–, todas ellas bajo la etiqueta de «pena». Pero esas medidas (particularmente: un *compliance*), si realmente pretenden ser preventivas, *deberían* ser adoptadas *antes* de la comisión de un delito y no *después* de este: esta pretensión se refleja claramente en el hecho de que la adopción e implementación de un *compliance*, pese a no ser obligatoria, es incentivada –por los beneficios que ofrece a la persona jurídica– para que exista en la organización antes de la aparición de un hecho punible. En España esto queda bastante claro: ninguna de las «penas» recogidas en el art. 33.7 del CP español consiste en la adopción e implementación obligatoria de un *compliance*. De hecho, la posibilidad de adoptar e implementar uno, incluso después de producido el delito, refleja la lógica del incentivo: la persona jurídica adopta e implementa un *compliance* para beneficiarse con la atenuación de su (eventual) responsabilidad (art. 31 *quater*.1.d del CP español).

Lo acabado de decir no niega que una persona jurídica, con un *compliance* que contiene «medidas de vigilancia y control idóneas» (art. 31 bis.2.1ª del CP español) o que sea «adecuado» (art. 31 bis.4 del CP español), recaiga en la eventualidad de que en el marco de su estructura organizacional una persona física cometa un hecho punible. Pero si esto es así, precisamente por haber contado con un *compliance* idóneo o adecuado *ex ante delictum*, a esa persona jurídica no se le debería imponer una «pena»¹³⁰. Y si, de alguna manera, se busca impulsar –después de cometido el delito– un reforzamiento de ese *compliance* (que ya era idóneo o adecuado), tal reforzamiento no se debería hacer mediante una reacción estatal llamada «pena», si es que se quiere mantener el sentido de esta institución y el sentido del propio *compliance* (un instrumento organizacional facultativo que, según los arts. 31 bis y 31 *quater*.1.d del CP español, tienen, respectivamente, un efecto eximente y un efecto atenuante de la responsabilidad).

Sin embargo, a la luz de la teoría de la prevención especial positiva, se tendría que decir que es posible imponer una «pena» a la persona jurídica incluso si el *compliance* es idóneo o adecuado (algo que desafía directamente la lógica del incentivo). Y el motivo para ello, se dice, es que el recurso al Derecho penal es efectivo ante la necesidad de reforma de la organización¹³¹. Dicho de otra manera: la necesidad de reforma de la organización es independiente a si existe o no un «modelo de organización y gestión» idóneo o adecuado, pues, en realidad, el *compliance* «podría ser un elemento distractor en aras de evaluar la necesidad de medidas rehabilitadoras»¹³². Y esa necesidad de reforma de la organización tiene que ver con la existencia en la persona jurídica de una «cultura empresarial» que «presione a los empleados a realizar conductas de riesgo, pese a la presencia de sistemas diseñados para prevenir infracciones»¹³³. Todo esto solo se puede

¹³⁰ Precisamente aquí aparece el escenario paradójico que denuncia FEIJÓO SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 42, sobre el Proyecto de Colonia (*Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes*, de 2017): pese a que este declara la preponderancia de la prevención especial como fin de la «sanción» aplicable a la persona jurídica, la multa (única «sanción» que recoge ese proyecto) se podría imponer a una entidad que no posee una estructura criminógena, lo que revela que la multa, según el citado autor, «no viene determinada por las necesidades de modificar las estructuras criminógenas».

¹³¹ Frente a esta afirmación, sin embargo, WEIGEND, en LEHMKUHL/WOHLERS (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2020, p. 305, señala que «Los resultados de la investigación empírica realizada hasta la fecha no parecen permitir una conclusión clara al respecto».

¹³² HENNING, *American Criminal L. Rev.*, (46), 2009, p. 1435.

¹³³ HENNING, *American Criminal L. Rev.*, (46), 2009, pp. 1430 s. Aquí el autor dice: «La implementación de procedimientos de *compliance*, incluso aquellos que cumplen los requerimientos de un programa “efectivo” descritos en la Sentencing Guidelines, no garantiza que los empleados de la corporación no infrinjan la ley en el futuro, así como tampoco significa que la compañía no sea declarada responsable en un proceso penal por los actos de los empleados. Si ocurren infracciones de manera significativa y sistemática pese a la presencia de un programa de *compliance*, entonces un proceso penal puede ser un medio efectivo para incitar a que la corporación

explicar con una de las dos alternativas siguientes: o se considera (erróneamente) que el *compliance* es un instrumento que debe ser infalible –lo que sobredimensiona la vocación consistente en promover la reestructuración empresarial¹³⁴–, o se admite que la estructura de la persona jurídica revela un entorno organizativo deficitario (caracterizado, por ejemplo, por tener un *paper compliance* –puramente «cosmético»– y controles internos puramente formales) en el que, a la luz del CP español, solo se interviene a través de «penas» (una obligatoria –la multa– y otra facultativa –«interdictiva», de carácter prospectivo–), que, paradójicamente, están completamente alejadas de las necesidades de reforma de la organización¹³⁵ –lo que dismantela la vocación consistente en promover la reestructuración empresarial–.

Finalmente, aunque se entienda que el fin de la «pena» consiste en la resocialización, aquella (incluso en el Derecho penal de las personas físicas) «no tiene *per se* un efecto regenerador»¹³⁶. Dicho de otra manera: solo por imponerse una «pena», la persona jurídica no queda «regenerada». Esta aseveración va de la mano con la idea de que la «regeneración» de la persona jurídica, si es que tiene alguna virtualidad, solo podría tener lugar mediante aquellos que son responsables de la toma de decisiones¹³⁷, esto es, a través de personas físicas. Por este motivo, la reacción estatal debería tener un efecto directo sobre los directivos de la persona jurídica. Precisamente por esto, se ha pensado en otro grupo de medidas orientadas a la «regeneración» de la persona jurídica, a saber, medidas que implican la intervención y/o supervisión estatal sobre la persona jurídica –la más célebre: la curatela empresarial propuesta por SCHÜNEMANN¹³⁸–. Tal «regeneración» se lograría con la reestructuración de la persona jurídica a través de, por ejemplo, el despido o el reemplazo de las propias personas físicas (afectándolas a estas directamente). Esa intervención estatal¹³⁹ supondría «un cambio de comportamiento mediante el poder de persuasión [...] [y una correspondiente] “reintegración social” de la persona jurídica»¹⁴⁰.

Sin embargo, en el art. 33.7 del CP español no se ha recogido ninguna reacción consistente en la intervención o supervisión estatal de la persona jurídica ni mucho menos de su órgano de dirección¹⁴¹. Si las «penas» recogidas en el indicado precepto se observan bien, se puede sostener que aquellas, aunque están orientadas a la prevención –en ese sentido, tienen carácter prospectivo y no retrospectivo–, reflejan el prevalecimiento de una dimensión más

implemente un tipo de reforma estructural necesaria para minimizar la probabilidad de infracciones similares en el futuro».

¹³⁴ Exigir algo así como un «*compliance* perfecto», exento de fisuras, generaría consecuencias contraproducentes para un desempeño mínimo y razonablemente eficaz de las labores empresariales. Al respecto, por todos, GÓMEZ TOMILLO, «Programas de cumplimiento y política criminal» en BACIGALUPO SAGGESE *et al.* (eds.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, p. 107.

¹³⁵ Precisamente, GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, p. 113, resalta que el calificativo de «interdictivas», resalta «el desafortunado tinte inocuizador del art. 33.7, de modo que se estrecha el poco margen que tal precepto deja a procesos de reestructuración o prevención especial positiva».

¹³⁶ WOHLERS, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 244.

¹³⁷ BERTOSSA, *Unternehmensstrafrecht*, 2003, pp. 64 ss.

¹³⁸ SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, 1979, pp. 129 ss.

¹³⁹ SILVA SÁNCHEZ, REDEPEC, (1), 2023, p. 16: habla de una «resocialización coactiva» (para referirse a la intervención judicial).

¹⁴⁰ ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, p. 198.

¹⁴¹ Más allá de la «pena» de intervención judicial (art. 33.7.g del CP español), la que solo es aplicable, como indica expresamente el precepto, «para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores».

«inocuidadora» que «resocializadora»¹⁴², por lo que de manera legítima es posible dudar acerca de si constituyen una manifestación de medidas con una finalidad propia de la teoría de la prevención especial positiva¹⁴³. Esto podría explicar las vacilaciones existentes en el ámbito del discurso punitivista sobre la calificación de tales «penas» como genuinas penas (para la persona jurídica): ellas se han considerado como «medidas interdictivas» próximas a las medidas de seguridad (lo que explica su carácter potestativo)¹⁴⁴ o como «sanciones interdictivas»¹⁴⁵ (por su sentido exclusivamente prospectivo)¹⁴⁶.

En definitiva, si son las personas físicas las que influyen en el destino de la persona jurídica (un destino comprometido con la evitación de delitos), entonces la «pena», sostenida en la prevención especial positiva, debería desencadenar efectos, directos o indirectos, sobre ellas. Pero ninguna de las medidas recogidas en el art. 33.7 del CP español se refieren a esas personas físicas: no hay ninguna medida consistente en una intervención o supervisión de la persona jurídica que implique la exclusión de personas físicas posiblemente comprometidas con la reiteración delictiva y tampoco hay ninguna medida aplicable a la persona jurídica que tenga la apariencia de ser inspirada por la teoría de la prevención especial positiva. Por otro lado, existen algunas medidas que podrían legitimarse desde la perspectiva de la prevención especial negativa (disolución). Pero este fin –que poco sirve para identificar lo específico de una pena frente a una consecuencia accesoria, precisamente, por concentrarse en la peligrosidad instrumental u organizativa de la persona jurídica– solo revela la necesidad de que la intervención sobre la persona jurídica, mediante la «pena», se oriente a evitar que aquella le ofrezca a la persona física un entorno útil para la comisión de delitos en el futuro.

¹⁴² FEIJÓO SÁNCHEZ, «Las consecuencias jurídicas del delito», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJÓO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal*, 2.ª ed., 2016, p. 281, señala que, en las (por él llamadas) «sanciones interdictivas» (las «penas» del art. 33.7 del CP, a excepción de la multa), «El fundamento real [de su imposición] [...] se encuentra en la peligrosidad, pasando la prevención especial (negativa) a un primer plano».

¹⁴³ Por ejemplo, en la doctrina española, DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Penas para las personas jurídicas en el Código Penal español», en GÓMEZ COLOMER (dir.)/MADRID BOQUÍN (coord.), *Tratado sobre Compliance penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, 2019, p. 83, señala lo siguiente: «Salvo la disolución de la entidad (verdadera “muerte civil”) o la prohibición definitiva de realizar actividades relacionadas con el delito, el resto de las penas tienen un carácter fundamentalmente temporal, prevaleciendo en ellas “las razones preventivas frente a las punitivas”, y más en un plano inocuidador que de “resocialización o reestructuración de la persona jurídica”».

¹⁴⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJÓO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal*, 2.ª ed., 2016, p. 109.

¹⁴⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJÓO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal*, 2.ª ed., 2016, pp. 280 ss. Llama la atención que, aunque las nomenclaturas utilizadas por el legislador desempeñan un papel aparentemente relevante en el planteamiento del citado autor (él dice que si el CP habla de una «pena» de la persona jurídica, es porque hay un «delito» de la persona jurídica), no tengan esa misma importancia en la forma cómo FEIJÓO SÁNCHEZ entiende a las otras «penas» del art. 33.7 del CP, a las que considera –pese a llamarse «penas» en el CP– como «sanciones interdictivas». Entiendo que lo decisivo no es la bandera bajo la que navega el barco, sino su carga, y que las características intrínsecas de cada una de las «penas» conduce al citado autor a considerar que solo la multa (retrospectiva y preventivo-general) es la genuina «pena» para la persona jurídica. Pero un proceder parecido puede conducir también a negar que todas las «penas» del art. 33.7 del CP genuinamente lo sean (y sean más bien «penas» en sentido amplio). Al respecto, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REDEPEC*, (2), 2023, pp. 27 ss.

¹⁴⁶ Que las «penas interdictivas» tienen también carácter retrospectivo (pues el art. 66 bis no niega que lo tengan), es puesto de manifiesto por GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, p. 133.

2.3. Prevención general positiva

Frente a las dudas surgidas sobre la prevención general negativa y la prevención especial, se acude a un planteamiento adicional para la legitimación de la pena: esta también proyecta efectos sobre la comunidad (de ahí que sea «prevención general»), pero no para intimidarla, sino para reafirmar su consciencia jurídica (de ahí la calificación de «positiva»). Dicho de otra manera: el sentido y la finalidad de la pena radica en que, mediante su imposición, se mantiene la confianza en la norma por parte de la comunidad, pues el contenido de ella sigue teniendo validez pese al hecho (el delito) que la puso en cuestión¹⁴⁷.

La «pena» a la persona jurídica se legitima desde la perspectiva de la prevención general positiva¹⁴⁸ si es que aquella, con su imposición, refuerza la convicción jurídico-general de la comunidad¹⁴⁹. Este efecto se produce en la medida que la comunidad observa y comprende sin dificultades a la persona jurídica como «artífice» del suceso delictivo: si este se realiza, aquella – la comunidad – espera que esa persona jurídica sea «castigada»¹⁵⁰. Esto permite decir que, solo desde la perspectiva del reforzamiento de la consciencia jurídica de la comunidad (en otras palabras: la confirmación, mediante la imposición de la pena, de la obligatoriedad de la norma incumplida a través del delito), la persona física y la persona jurídica se encuentran en pie de igualdad: ambas serían sujetos de la pena¹⁵¹.

La legitimación de la «pena» contra la persona jurídica, desde la perspectiva de la prevención general positiva no sería problemática si fuera suficiente con que aquella reacción tuviera por objeto demostrar la adhesión al carácter vinculante de la norma transgredida por el delito¹⁵². En un ámbito como el de la delincuencia empresarial, en el que las expectativas normativas son mucho más inestables y existe una mayor posibilidad de pérdida de confianza y de aparición del «efecto llamada» (*Sogwirkung*) y del «efecto espiral» (*Spiralwirkung*)¹⁵³, parece ser perentoria –en comparación con otros ámbitos de la vida– la necesidad de reafirmar la validez del Derecho. Asimismo, si el Derecho penal asegura la convicción jurídico-general de la comunidad, aquel

¹⁴⁷ STRATENWERTH, *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?*, 1996, pp. 20 ss.

¹⁴⁸ Teniendo a la vista el ordenamiento español, FEIJÓO SÁNCHEZ, en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJÓO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.ª ed., 2016, p. 276, dice que solo la «pena» de multa puede cumplir con un «fin preventivo-general».

¹⁴⁹ En ese sentido, por todos, REYES ALVARADO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista General de Derecho Penal*, (11), 2009, pp. 11 ss.

¹⁵⁰ ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, pp. 196 ss.; EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, p. 204; DROPE, *Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe*, 2002, p. 72; KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2007, p. 289; SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, 2013, p. 454.

¹⁵¹ BERTOSSA, *Unternehmensstrafrecht*, 2003, p. 63, quien dice que «En el caso de la prevención general positiva, tampoco existen diferencias entre el Derecho penal individual y el Derecho penal de la persona jurídica». En esa línea, también, NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2008, p. 266.

¹⁵² WOHLERS, en: KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (Eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 245.

¹⁵³ El «efecto llamada» se refiere a un efecto consistente en la imitación: si una persona jurídica consigue un contrato a través de un acto de corrupción, entonces otras personas jurídicas, al carecer de oportunidades conforme a Derecho para hacerlo, recurrirán a actos de corrupción para conseguir contratos. Por su parte, el «efecto espiral» implica la comisión de delitos cada vez más graves para asegurar u ocultar el primer delito cometido, con el que se obtuvo, por ejemplo, una ventaja competitiva. Al respecto, KULHANEK, *ZIS*, (13), 2014, p. 678.

debe adecuarse a los cambios de esta¹⁵⁴, incluyendo el que implica que aquella convicción pueda ser afectada por el poder económico, político y social que tienen las personas jurídicas¹⁵⁵.

Por tanto, si se comprendiera a la pena desde una perspectiva normativa, en virtud de la cual aquella sirviera como reforzamiento simbólico de la norma infringida a costa de quien la ha infringido, una pena para la persona jurídica sería admisible, pues ese efecto se podría predicar tanto en la pena para la persona física como en la «pena» para la persona jurídica¹⁵⁶. Frente a esta conclusión, sin embargo, se ha dicho que la mera referencia a los efectos positivos es, en realidad, una «justificación reducida» de la «pena» para la persona jurídica¹⁵⁷. Más bien, los efectos positivos que enarbola la teoría de la prevención general positiva (la reafirmación de la consciencia jurídico-general) solo se pueden atender si las normas fueran algo más que un mero elemento de cálculo, esto es, si aquellas normas expresaran la existencia de un orden legítimo y la pena que refuerza la validez de esas normas fuera una pena sentida como «justa» por la comunidad¹⁵⁸. Si con la teoría de la prevención general positiva se pretende ofrecer un modelo preventivo en el que la pena está orientada a «ganarse» la confianza de los ciudadanos, aquel «no debe limitarse a la formulación de mandatos y prohibiciones»¹⁵⁹, sino que debe hacer posible una pena «justa»¹⁶⁰. No basta entonces que una persona jurídica sea «artífice» del delito a ojos de la comunidad para sostener que la «pena» que a ella se le ha de imponer refuerza la confianza en la validez del Derecho.

¿Cuándo, entonces –desde la perspectiva de la teoría de la prevención general positiva– la pena es una pena (reconocida socialmente como) «justa»? Es importante responder a esta pregunta pues solo una pena «justa» puede cumplir el efecto preventivo que propone aquella teoría. La respuesta parece ser: la pena es «justa» cuando su destinatario es capaz de acción y capaz de culpabilidad¹⁶¹, es decir, cuando la persona jurídica «se reconoce como sujeto competente por la infracción de la norma, esto es, si se le atribuye la capacidad de actuar por sí misma y su propia culpabilidad»¹⁶². Si se considera que el destinatario de la pena no posee esas capacidades, entonces esa «pena» no reafirmaría la vigencia de norma alguna¹⁶³. Mientras la pena se defina como consecuencia de la infracción culpable de una norma jurídico-penal, la posibilidad de imponer una pena a la persona jurídica dependerá de su capacidad de acción y de su culpabilidad¹⁶⁴. Esto lo saben muy bien los defensores del discurso punitivista que, adhiriéndose a la teoría de la pena en cuestión, admiten que la pena restablece la vigencia de la norma y que

¹⁵⁴ SCHNEIDER, *Zu den neuen Möglichkeiten einer Unternehmenssanktionierung zwischen Ordnungswidrigkeitenrecht und Kriminalstrafrecht*, 2023, p. 61.

¹⁵⁵ EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, p. 142.

¹⁵⁶ Esta idea estuvo presente en el «Proyecto de Renania del Norte-Westfalia» (Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden des Landes Nordrhein-Westfalen, de 2014). Al respecto con detalle, SCHNEIDER, *Zu den neuen Möglichkeiten einer Unternehmenssanktionierung zwischen Ordnungswidrigkeitenrecht und Kriminalstrafrecht*, 2023, p. 65.

¹⁵⁷ SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, 2013, p. 454, dice incluso que esa justificación «sería tan poco convincente como la de la intimidación (*Abschreckung*)».

¹⁵⁸ WOHLERS, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 245.

¹⁵⁹ KOHLHOF, *Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe*, 2019, p. 85.

¹⁶⁰ KOHLHOF, *Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe*, 2019, p. 85.

¹⁶¹ WOHLERS, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 245.

¹⁶² KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2007, p. 291.

¹⁶³ WEIGEND, en LEHMKUHL/WOHLERS (eds.), *Unternehmensstrafrecht. Materiellrechtliche und prozessuale Aspekte*, 2020, p. 303.

¹⁶⁴ KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2007, p. 291.

aquella no se puede imponer sin que concurra culpabilidad (una que, por cierto, se obtiene –en el caso más extremo– solo después de vaciar de contenido antropológico a la libertad de organización). Esto les conduce a dar por hecho que *esa* culpabilidad se verifica también en la persona jurídica solo porque el concepto de «persona» que asumen se determina por *esa* culpabilidad (una desvinculada de toda propiedad humana individual)¹⁶⁵.

Asimismo, aunque es cierto que un cambio de la convicción jurídico-general puede constituir un punto de partida para una modificación legal, tal cambio es de difícil determinación empírica¹⁶⁶, por lo que la decisión de acudir al Derecho penal (concretamente: a la consideración de la persona jurídica como sujeto del delito y de la pena), como último recurso del poder estatal, debería estar legitimada en algo más que la convicción jurídico-general¹⁶⁷.

Si esto es así, imponer una «pena» a una entidad (la persona jurídica) que es incapaz de actuar o de ser culpable es contrario al sentido de la justicia vigente en la comunidad: no refuerza su convicción jurídico-general¹⁶⁸. Una «pena» sin culpabilidad no cumple la finalidad prevista (mantenimiento de la confianza en la norma por parte de la comunidad), sino que, más bien, conduce a la desestabilización¹⁶⁹.

¹⁶⁵ No es casualidad que quienes defienden la posibilidad de una teoría del delito para la persona jurídica admitan que la «pena» que a ella se le impone se legitima en la teoría de la prevención general positiva. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, p. 299, dice: «partiendo de que la *función* de la pena consiste en el restablecimiento comunicativo de la vigencia de la norma, y toda vez que el concepto de persona a la que se impone la pena viene determinado por el concepto de “culpabilidad”, *la imposición de una pena a una organización empresarial con base en su propia culpabilidad cumple exactamente la misma función que la imposición de una pena a un individuo con arreglo a su culpabilidad*» (cursiva agregada). REYES ALVARADO, *RGDP*, (11), 2009, por su parte, señala, en p. 11: «*A partir del entendimiento de la prevención general positiva como fin principal de la pena no solo se puede abandonar una concepción puramente sicologista de la culpabilidad como nexo causal subjetivo entre la acción y su autor, sino que también se puede reformular la tesis de una culpabilidad fundamentada en un juicio de reproche derivado de una mala utilización de la libertad de acción*», y, en pp. 13 ss.: «La persona que es objeto del juicio de culpabilidad no es entonces el ser humano ontológicamente considerado [...], sino la persona “jurídica” entendiendo por tal un ser social normativamente dotado de derechos y obligaciones [...] como todo aquel que disponga de la posibilidad de organizar su propia conducta está en capacidad de desplegar comportamientos que invadan esferas de libertad ajenas y que supongan indebidas formas de ataque a bienes jurídicos, entonces también todo aquel que posea la condición de persona tiene la obligación de organizar su comportamiento en forma tal que con él demuestre que se mantiene fiel a la norma; desde esta perspectiva, *tanto las personas naturales como las personas jurídicas* (en cuanto capaces de organizar su propia conducta) *pueden ser objeto del juicio de reproche propio de la culpabilidad y respecto de ambas se justifica la imposición de una pena como forma de reafirmar frente a la sociedad la vigencia de la norma* [...]» (cursiva agregada). Recientemente, MORENO-PIEDRAHÍTA HERNÁNDEZ, *Teoría del delito de las personas jurídicas: bases y esbozo de un sistema conceptual*, 2025, dice, en p. 494, que la construcción de un sistema penal de la persona jurídica (paralelo al sistema penal de la persona física) «debería partir de entender que si el Derecho penal de las personas jurídicas se dirige finalmente a que maximice los derechos fundamentales y otros valores constitucionales con sus normas, debería entenderse que el fin de la pena corporativa es minimizar el poder que la persona jurídica muestra cuando delinque a través de ellas negando esos valores»; y, en p. 496, que «[...] si el fin de la pena corporativa consiste en minimizar el poder de la persona jurídica manifestado con su delito, para maximizar los valores constitucionales que ella negó de esa manera, *este fin coincidiría a breves rasgos con el fin preventivo general positivo*» (cursiva agregada).

¹⁶⁶ SCHNEIDER, *Zu den neuen Möglichkeiten einer Unternehmenssanktionierung zwischen Ordnungswidrigkeitenrecht und Kriminalstrafrecht*, 2023, p. 62.

¹⁶⁷ SCHNEIDER, *Zu den neuen Möglichkeiten einer Unternehmenssanktionierung zwischen Ordnungswidrigkeitenrecht und Kriminalstrafrecht*, 2023, p. 62.

¹⁶⁸ Precisamente, uno de los motivos por los que la teoría de la prevención general positiva ha obtenido gran aceptación en la doctrina radica en que permite sostener la idea de que solo una pena que corresponda a la medida de la culpabilidad permitiría cumplir con la finalidad de reforzar la convicción jurídico-general de la comunidad. Al respecto, ROXIN, *GA*, 2015, p. 192.

¹⁶⁹ SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, 2013, p. 455.

Más allá de esto, resulta difícil exigir a la persona jurídica el reconocimiento de la norma cuando ella muestra una «genuina indiferencia normativa así como una indiferencia por los efectos externos»¹⁷⁰. La admisión de que la persona jurídica es capaz de actuar conforme a Derecho exige aceptar que aquella posee una capacidad de «reflexionar fundamentalmente sobre su comportamiento»¹⁷¹. Esto, sin embargo, no sucede. Las personas jurídicas solo tienen una «intencionalidad primitiva»¹⁷²: ellas no son capaces de una autorreflexión comparable a la de las personas físicas pues, a diferencia de estas, aquellas no pueden desarrollar una distancia crítica consigo mismas ni adaptar sus patrones de comportamiento en el momento del acto.

La persona jurídica no se guía por el código «correcto-incorrecto», sino por el código «beneficio-perjuicio»¹⁷³. Esto es particularmente importante: quien quiere respetar las normas mediante la evitación de comportamientos peligrosos, tiene que conocer cuáles son esos comportamientos peligrosos pues, de llevarlos a cabo, se expone a una *poena naturalis*. Así, no basta con «tener la buena voluntad de respetar el orden, sino que [se] debe también saber cuándo [se] está ante el comportamiento normativamente regulado»¹⁷⁴. Es claro que, aparentemente, una persona jurídica también puede exponerse a una *poena naturalis*: si, por ejemplo, esa persona jurídica ha de aceptar una pérdida de ventas debido a una política comercial inadecuada y «aprende» a adaptar de mejor manera su comportamiento en el mercado como consecuencia de ello¹⁷⁵. Sin embargo, esa *poena naturalis* tiene poco que ver con la *poena naturalis* que pretende el ordenamiento jurídico: el «conocimiento pertinente para considerar aplicable la norma»¹⁷⁶ o, en otras palabras, «el conocimiento necesario para orientarse por el mundo»¹⁷⁷ es ajeno a la idea de que el agente es «ciego ante los hechos»¹⁷⁸, y compatibiliza mejor con la idea de que «el agente puede orientarse en un mundo concreto y referenciado»¹⁷⁹. La persona jurídica «es incompatible con esta idea»¹⁸⁰.

Por otro lado, desde la perspectiva de la prevención general positiva, aún es necesario pensar sobre cómo se puede conciliar tal teoría de la pena con la implementación de un *compliance*: si una persona jurídica ha implementado un *compliance* idóneo o adecuado antes de la comisión de un delito, pese a lo cual este se comete, ¿la exención de responsabilidad de esa persona jurídica no erosionaría acaso la confianza de la comunidad en el Derecho?¹⁸¹ Esta pregunta es particularmente interesante, porque, desde otra perspectiva, se ha dicho incluso que «la

¹⁷⁰ SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, 2013, p. 455.

¹⁷¹ EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, p. 200.

¹⁷² SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, 2013, p. 456.

¹⁷³ SILVA SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 5.

¹⁷⁴ JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed., 1997, 1/7a.

¹⁷⁵ SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, 2013, p. 455.

¹⁷⁶ JAKOBS, *PG*, 2.ª ed., 1997, 1/7a.

¹⁷⁷ JAKOBS, *PG*, 2.ª ed., 1997, 1/7a.

¹⁷⁸ SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, 2013, p. 455.

¹⁷⁹ SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, 2013, p. 455.

¹⁸⁰ SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, 2013, p. 455.

¹⁸¹ Esto ha sido planteado en la doctrina española por CUGAT MAURI, «La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las *compliance*», *Estudios Penales y Criminológicos*, 2015, p. 936, quien dice: «Así como es comúnmente admitido que las necesidades de afirmación del derecho a través de la prevención general no pueden llegar hasta el punto de justificar la condena del inocente (chivo expiatorio), el afianzamiento del sistema preventivo tampoco puede justificar la exención de responsabilidades penales por la sola implantación de las *compliances* en las “good citizens corporations”. Ello no solo sería injusto, cuando pueda afirmarse que la voluntad de la sociedad se ha canalizado a través del delito cometido por sus representantes, sino que *tampoco sería útil al fin de prevención del delito*» (cursiva agregada).

prevención general positiva operaría alentando la conveniencia de establecer programas de cumplimiento de la legalidad que impidan en la medida de lo posible la comisión de esos delitos o, al menos, reaccionando adecuadamente, en el sentido del restablecimiento de la legalidad cuando algún fallo organizativo pueda haber propiciado o dejado pasar la comisión de esos delitos, desactivando así las necesidades preventivas de pena»¹⁸². Esto llama la atención pues, desde la perspectiva de la teoría de la prevención general positiva, es el delito el que expresa un cuestionamiento de la norma que ha de ser enfrentado con la pena que, a su vez, demuestra «la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica»¹⁸³. ¿Es un «defecto organizativo» –o un «delito corporativo»¹⁸⁴– un hecho que puede desestabilizar la convicción jurídico-general de la comunidad –en pie de igualdad con un asesinato o un robo cometido por una persona física– cuando ese hecho no ha sido considerado por el legislador como un *delito* y, solo el *delito* (art. 10 del CP español) –cometido por una persona física– se muestra como hecho merecedor de pena? Si «[la] prevención general positiva o estabilizadora sólo puede representar una alternativa válida si puede ofrecer una explicación de cómo y por qué la persona jurídica contribuye a la desestabilización o puesta en entredicho de la norma penal correspondiente (prohibición de estafa, fraude fiscal, contaminación, etc.)»¹⁸⁵ y si, además, un «defecto organizativo» (estado de cosas que se suele equiparar a la ausencia de un *compliance* idóneo o adecuado¹⁸⁶) no es, en realidad, un delito (no es un cuestionamiento de la norma que ha de ser enfrentado con la pena desde la perspectiva de la prevención general positiva¹⁸⁷), entonces la reacción estatal que recae sobre la persona jurídica no puede ser calificada como una pena. Esta conclusión se ve reforzada si se tiene en cuenta que la persona jurídica al no poder guiarse por el código «correcto-incorreto», no puede participar en un proceso comunicativo y, por tanto, no puede cuestionar la norma penal¹⁸⁸.

En definitiva, la teoría de la prevención general positiva no permite hablar de una «pena» para la persona jurídica: si esta carece de capacidad de acción y de culpabilidad, entonces no se le puede imponer una pena que la comunidad sienta como justa y, de esa manera, que refuerce la consciencia jurídico-general. Negar la viabilidad de una teoría de la prevención general positiva

¹⁸² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REDEPEC*, (2), 2023, p. 31.

¹⁸³ ROXIN/GRECO, *AT*, 5.ª ed., 2020, 3/26.

¹⁸⁴ El concepto de «delito corporativo» (propuesto, en la doctrina española, por FEIJÓO SÁNCHEZ, *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, 2.ª ed., 2016, p. 49 ss.) apareció por primera vez, en la jurisprudencia española, en la STS 221/2016, de 16 de marzo. Aquí se indicó lo siguiente: «La responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un *delito corporativo* construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la *proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva*. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que sólo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad» (cursiva agregada).

¹⁸⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 5, n. 11.

¹⁸⁶ Así, por todos, NIETO MARTÍN, «El artículo 31 bis del Código Penal y las reformas sin estreno», *Diario La Ley*, (8248), 2014, p. 6, quien dice que afirmar que «el debido control consiste en la adopción de un modelo de organización eficaz» implica entender «que la responsabilidad de la persona jurídica se basa en la existencia de un defecto de organización y que este defecto de organización equivale a no haber implementado o haberlo hecho de manera incorrecta un modelo de organización y gestión, en relación a la infracción que se ha realizado».

¹⁸⁷ MAÑALICH, *REDEPEC*, (5), 2024, p. 33, señala que la «expectativa cuya frustración puede condicionar la formulación de un reproche de culpabilidad por el carácter, dirigido contra una persona jurídica, no puede entenderse plausiblemente referida al seguimiento puntual de tal o cual norma en una situación dada. Pues esto último es algo que sólo tiene sentido esperar de uno o más agentes individuales susceptibles de ser interpelados o «desafiados» por la norma en cuestión».

¹⁸⁸ SCHÜNEMANN, *ZIS*, (1), 2014, p. 5.

para legitimar «pena» de la persona jurídica con el argumento de que esta no es sujeto del delito (es incapaz acción e incapaz de culpabilidad) es la consecuencia directa de que la referida teoría requiere necesariamente de la afirmación de una «capacidad delictiva» del sujeto de la pena¹⁸⁹ (al que, por la vía de un concepto de culpabilidad amplio, conciben de manera tan amplia que puede abarcar tanto a la persona física como a la persona jurídica).

La persona jurídica sí está en capacidad de asumir costes¹⁹⁰, y esto podría ser tomado en cuenta para comprender la reacción estatal que puede recaer sobre ella. Pero esa capacidad no es suficiente para llamar «pena» a tal reacción estatal.

2.4. Retribución

En una comprensión retributiva de la pena, la finalidad social –cualquiera que sea– no es criterio de legitimación. El atractivo de la teoría de la retribución, entonces, radica en que «se desacopla de la consecución de las pretendidas finalidades preventivas para legitimar la pena»¹⁹¹. Más allá de esto, que parece ser el mínimo admisible cuando se habla de la retribución como fin de la pena, aparecen asociados, con la formulación más clásica, otros planteamientos: algunos hablan de expiación (*Sühne*), otros, de satisfacción (*Genugtuung*)¹⁹². Luego, como argumento para descartar la posibilidad de imponer una pena a la persona jurídica, se esgrimió la idea de que ella era incapaz de sentir el mal que suponía la pena: en la medida que la persona jurídica está dentro del grupo de entes que «no piensan ni sienten»¹⁹³, quedarían fuera del alcance de la pena¹⁹⁴. Si la persona jurídica no es capaz de un sentimiento de dolor como proceso psicológico¹⁹⁵, entonces la «pena» para la persona jurídica carece del carácter aflictivo que le es propio¹⁹⁶. Y frente a esto no podría ofrecerse la idea de que el sufrimiento lo experimentan los integrantes (personas físicas) de la persona jurídica¹⁹⁷, pues la pena tendría que imponerse a una «unidad independiente»¹⁹⁸, esto es, a la propia persona jurídica (y no a aquellas personas físicas)¹⁹⁹.

¹⁸⁹ Por lo demás, el modelo asumido en el art. 31 bis del CP, como dijo MIR PUIG, en DE VICENTE REMESAL *et al.* (eds.), *LH Luzón Peña*, v. II, 2020, p. 1339, «no obliga a modificar la concepción del delito que sirve de base al Derecho penal vigente, como comportamiento humano típicamente antijurídico y personalmente imputable».

¹⁹⁰ KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2007, p. 291.

¹⁹¹ KUBICIEL, *ZRP*, (47-5), 2014, p. 134.

¹⁹² La formulación clásica puede encontrarse ya en KÖHLER, «Straffähigkeit der juristischen Person», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1917, p. 503.

¹⁹³ SCHWANDER, «Der Einfluss der Fiktions- und Realitätstheorie auf die Lehre von der Strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Personen», en JURISTISCHE FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT FREIBURG [SCHWEIZ] (ed.), *Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller*, 1959, p. 615.

¹⁹⁴ HENSE, *Die prozessuale Stellung des Unternehmens bei der Festsetzung einer Unternehmensgeldbuße nach § 30 OWiG. Eine Bestandaufnahme des geltenden Verfahrensrechts und Lösungsvorschläge de lege ferenda*, 2019, p. 42. Esto también lo destaca el sector doctrinal favorable a la punibilidad de la persona jurídica. Por todos, VOGEL, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 209.

¹⁹⁵ KÖHLER, *GA*, 1917, p. 503.

¹⁹⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ, «La acción de las personas jurídicas: límites de una ficción», *La Ley Compliance Penal*, (3), 2020, p. 4.

¹⁹⁷ FREIER, *Kritik der Verbandsstrafe*, 1998, p. 59.

¹⁹⁸ FREIER, *Kritik der Verbandsstrafe*, 1998, p. 59.

¹⁹⁹ KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2007, p. 287.

Con todo, el planteamiento acabado de exponer (que se refiere a que la esencia de la pena radica en la imposición de un mal que ha de ser sentido por el penado), no es el que aquí interesa²⁰⁰. La pena es, en todo momento y lugar, un mal. Y esto es así independientemente de lo que sienta por ella el penado: una pena no pierde su carácter de «mal» aunque no se perciba como tal²⁰¹. La pena alude a un mal desde una perspectiva intersubjetiva²⁰². Conforme a esto, cuando aquí se habla de retribución, se hace referencia a su forma de comprensión más moderna, en virtud de la cual la pena es «compensación justa» de la culpabilidad²⁰³. Este entendimiento de la pena conduce a pensar que ella expresa una desaprobación ético-social, la cual solo puede recaer sobre quien se haya comportado de cierta manera pudiendo haber actuado de otra²⁰⁴, esto es, «habría sido capaz de reflexionar sobre su comportamiento»²⁰⁵.

En la doctrina angloamericana, parece ser mucho más extensa la oposición a sostener en la retribución la «pena» a la persona jurídica²⁰⁶. El núcleo central en esa línea de pensamiento revela una pretensión: castigar penalmente a la persona jurídica, sin que ese castigo se sostenga en la retribución²⁰⁷. Ello se explica en el hecho de que la mejor forma de sostener la «pena» para la persona jurídica en la prevención pasa necesariamente por el abandono de la retribución²⁰⁸ y, con ello, de la culpabilidad²⁰⁹, la que, en definitiva, representa el verdadero «problema»²¹⁰. Dado que los defensores de una comprensión preventiva sostenían que el Derecho penal debía mirar al futuro (*forward-looking*) y ser instrumental, se consideró que «para lidiar con el delito de manera

²⁰⁰ Al respecto, por todos, DROPE, *Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe*, 2002, p. 72. Por su parte, SCHMITT, R., *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände*, 1958, p. 196, indica que, al momento en el que escribió su obra, había opiniones aisladas (HAFTER, ENGISCH) que mantienen la idea de que la pena para la persona jurídica no se puede sostener debido a la incapacidad de esta de sentir el mal de la pena.

²⁰¹ ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, p. 200.

²⁰² FEIJÓO SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 9, n. 17.

²⁰³ Al respecto, por todos, SCHLÜTER, *Die Strafbarkeit von Unternehmen in einer prozessualen Betrachtung nach dem geltenden Strafprozessrecht*, 2000, p. 63; HENSE, *Die prozessuale Stellung des Unternehmens bei der Festsetzung einer Unternehmensgeldbuße nach § 30 OWiG*, 2019, p. 42. Este es el conocido planteamiento en la jurisprudencia alemana. En el BVerfG 20, 323, 331, se ha determinado «Con la pena, también la multa administrativa, se reprocha al delincuente una violación del Derecho. Tal reproche, sin embargo, presupone reprochabilidad, es decir, culpabilidad penal». El BVerfG supone el principio de culpabilidad como componente de la indisponible identidad constitucional alemana del art. 79 III GG. Al respecto, BVerfG 123, 267, 413. Por esto, en su famosa «Decisión Lisboa», el BVerfG estableció, a la luz de la codificación europea, que el Derecho penal se refiere al principio de culpabilidad y por ello presupone la propia responsabilidad del individuo que debido a su libertad de voluntad puede decidir entre el Derecho y el injusto. Al respecto, BVerfG 123, 267, 413.

²⁰⁴ SCHMITT, R., *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände*, 1958, p. 196.

²⁰⁵ KOHLHOF, *Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe*, 2019, p. 85.

²⁰⁶ De hecho, quienes defienden la retribución terminan reconociendo que las «penas» para la persona jurídica tienen un carácter preventivo. Así, GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, p. 104. También, ROBSON, «Crime and Punishment: Rehabilitating Retribution as a Justification for Organizational Criminal Liability», *American Business Law Journal*, (47), 2010, pp. 109 ss.

²⁰⁷ En ese sentido, EDGERTON, *Yale Law Journal*, (36), 1927, p. 832, sostuvo que «El argumento contra la responsabilidad penal de la persona jurídica, consistente en que esta no puede ser “culpable” por sí misma y por tanto no debería ser castigada, yace en una aceptación tácita de que el objetivo del Derecho penal es retributivo». Según ALSCHULER, «Two Ways to Think about the Punishment of Corporations», *American Criminal Law Review*, (1359), 2009, p. 1367, n. 53, Edgerton consideró a la retribución como una forma de «sadismo».

²⁰⁸ EDGERTON, *Yale Law Journal*, (36), 1927, p. 832.

²⁰⁹ EDGERTON, *Yale Law Journal*, (36), 1927, p. 833.

²¹⁰ La idea de que la retribución constituye un objetivo inadecuado para la «pena» de la persona jurídica, en la medida que estas no tienen capacidad de culpabilidad, se reconoce por varios autores en la doctrina de los Estados Unidos. Al respecto, por todos, FISSE, *Southern California L. Rev.*, (56), 1983, p. 1169.

inteligente y práctica, se debe abandonar la teoría retributiva»²¹¹. Esta orientación no solo demuestra la indudable vinculación entre pena y culpabilidad (hasta el punto de que la remoción de la culpabilidad se constituyó como condición para poder hablar de una «pena» –de orientación preventiva– para la persona jurídica²¹²), sino que también expresa una pretensión más general, sostenida en razones pragmáticas, de sustentar, en el Derecho penal construido en el *common law*, la posibilidad de admitir una responsabilidad penal en la que no concurra culpabilidad²¹³. Las consideraciones indicadas demuestran un punto en común con la doctrina alemana sobre el asunto: la necesidad de dotar a la reacción estatal contra la persona jurídica de una legitimación sostenida en la prevención²¹⁴. Las conclusiones, con todo, fueron diferentes: en la doctrina en lengua inglesa se mantuvo a la «pena» (sin culpabilidad) para la persona jurídica, mientras que en la literatura alemana, dado que la pena no se puede desconectar de la culpabilidad, se acudió como solución a la medida de seguridad²¹⁵.

En tiempos más recientes, se ha rescatado la idea de la retribución para la «pena» a la persona jurídica en el Derecho penal angloamericano²¹⁶. En esa línea, se dice que la pena implica «una censura y una condena morales»²¹⁷ que no solo permite distinguir entre responsabilidad penal y responsabilidad civil (pues ambas puedan implicar un *harsh treatment*)²¹⁸, sino que ha de estar presente, además de en la reacción frente a una persona física, también en la que se produzca sobre una persona jurídica. Por otro lado, bajo la consideración de mantener una «pena» para la persona jurídica, se ha planteado también que «restaurar» a la retribución como fin de esa reacción estatal permitiría no solo la evitación de sanciones puramente preventivas (lo que implicaría la instrumentalización de la persona jurídica solo «para promover el bien común»²¹⁹), sino también la evitación del reemplazo del Derecho penal por el Derecho civil, resaltando «el poder expresivo del Derecho penal» al enfocarse en «conductas dolosas que violan valores sociales nucleares»²²⁰. Esa «restauración» supondría la admisión de «un veredicto de culpabilidad

²¹¹ Esta idea fue desarrollada por ROSCOE POUND, quien sostuvo también que en el sistema legal había un «respeto exagerado por el individuo». Sobre el asunto, con mayor detalle, ALSCHULER, *American Criminal Law Review*, (1359), 2009, p. 1367, n. 53.

²¹² EDGERTON, *Yale Law Journal*, (36), 1927, p. 842, quien consideraba que no había diferencia relevante entre el delito y el *tort* (acto ilícito civil), sostuvo que «la aceptación de que el delito supone culpabilidad (*guilt*) es totalmente errónea». La implantación de la responsabilidad por *torts* en el Derecho penal, según ROBSON, *American Business Law Journal*, (47), 2010, p. 115, refleja una aproximación «más pragmática que analítica» que, por lo demás, es verificable en diversas resoluciones expedidas por cortes inferiores desde finales del siglo XIX y que alcanzó su punto más alto en la célebre sentencia del caso *New York Central & Hudson River R. R. Co. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909), resuelto por la CS de los Estados Unidos.

²¹³ Según ROBSON, *American Business Law Journal*, (47), 2010, p. 128, la primacía de la disuasión como objetivo de la responsabilidad penal de la persona jurídica, tuvo dos consecuencias: la «eliminación de la culpabilidad como condición necesaria para la pena y una concomitante expansión de los *strict liability crimes*» (esto es, delitos que no requieren *mens rea* o que requieren una mínima *mens rea*).

²¹⁴ Lo que, en última instancia, parece difícil. Al respecto, KOHLHOF, *Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe*, 2019, pp. 88 ss.

²¹⁵ En esa línea, célebremente, STRATENWERTH, en GEPPERT/BOHNERT/RENGIER (eds.), *FS Schmitt*, 1992, pp. 302 ss.

²¹⁶ Al respecto, por todos, ROBSON, *American Business Law Journal*, (47), 2010, p. 109 ss. Robson habla de dos planteamientos de la retribución (distintos al clásico): retribución expresiva y «justicia como equidad» («*Justice as fairness*»). A la segunda FISSE, *Southern California Law Review*, (56), 1983, pp. 1168 ss., le da cierta viabilidad (y, conforme a eso la sitúa, de manera complementaria a la disuasión, como objetivo del Derecho penal corporativo).

²¹⁷ LAUFER/STRUDLER, «Corporate Intentionality, Desert and Variants of Vicarious Liability», *American Criminal Law Review*, (37), 2000, p. 1292, quienes aluden a una «actitud moral expresada en el tratamiento: solo la pena criminal implica una expresión de censura y condena morales».

²¹⁸ LAUFER/STRUDLER, *American Criminal L. Rev.*, (37), 2000, p. 1292.

²¹⁹ LAUFER/STRUDLER, *American Criminal L. Rev.*, (37), 2000, p. 1291.

²²⁰ ROBSON, *American Business Law Journal*, (47), 2010, p. 124.

para sancionar»²²¹ o, dicho de otra manera, «introducir a la retribución como objetivo de la sanción penal reposiciona el asunto de la culpabilidad corporativa donde pertenece: una condición necesaria para la imposición de una responsabilidad penal organizacional»²²².

En la doctrina alemana, aunque se ha dicho que las finalidades tradicionalmente asignadas a la pena difícilmente puedan concretarse para la persona jurídica, especialmente, en el caso de la retribución²²³, se ha indicado por otro lado que esta podría ser el fin de la «pena» que se le impone a la persona jurídica²²⁴. Conforme a esto, la persona física y la persona jurídica están en pie de igualdad desde la perspectiva de esa teoría de la pena²²⁵. Este planteamiento no solo propone entender a la pena sin más como una reacción por la lesión del Derecho, sino que también pretende ser sostenido en ideas como que a la persona jurídica se le puede imponer deberes²²⁶ (como, por ejemplo, el consistente en «mantener una estructura organizativa adecuada»²²⁷) o de que, por tener el potencial de poner en peligro «los presupuestos sociales y políticos de nuestra libertad»²²⁸, el legislador está obligado a «tratar con medios adecuados los peligros que para la comunidad y los derechos fundamentales provienen de las personas jurídicas»²²⁹. Llama la atención que este planteamiento se acerque al defendido por su contraparte anglosajona, en la que se dice que todas las teorías de la retribución –tanto la clásica como las más modernas– «tienen un enfoque mutuo en la sanción criminal como afirmación de los valores medulares de la comunidad y en la desconsideración del agente con respecto a esos valores»²³⁰.

Sin embargo, una «pena» a la persona jurídica tampoco puede sostenerse en la retribución. Y para afirmar esto hay varias razones. La más conocida y advertida hace ya tiempo en la doctrina reza de la siguiente manera: solo la persona física está en condiciones de comprender el sentido de la pena como un mal merecido²³¹. Es cierto que, desde el origen de la discusión, se ha propuesto la existencia, al interior de la persona jurídica, de una formación de voluntad (*Willensbildung*) «motivable» por la pena, de tal manera que esta cumpla con su finalidad de dirigir la actividad de la entidad²³². Frente a ello, sin embargo, entiendo que, del hecho de que la persona jurídica sea, de alguna u otra manera, «motivable»²³³, no se deriva todavía una razón

²²¹ ROBSON, *American Business Law Journal*, (47), 2010, p. 128.

²²² ROBSON, *American Business Law Journal*, (47), 2010, p. 133.

²²³ Al respecto, por todos, KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2007, p. 286.

²²⁴ De esa opinión, por todos, KUBICIEL, *ZRP*, (47-5), 2014, pp. 136 ss.; KOHLHOF, *Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe*, 2019, pp. 186 ss.

²²⁵ KUBICIEL, *ZRP*, (47-5), 2014, p. 136.

²²⁶ KUBICIEL, *ZRP*, (47-5), 2014, p. 136.

²²⁷ KOHLHOF, *Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe*, 2019, p. 187.

²²⁸ KUBICIEL, *ZRP*, (47-5), 2014, p. 136.

²²⁹ KUBICIEL, *ZRP*, (47-5), 2014, p. 136.

²³⁰ ROBSON, *American Business Law Journal*, (47), 2010, p. 127.

²³¹ KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2.^a ed., 1976, p. 116.

²³² Sobre este planteamiento, véase, por todos, SCHWINGE, *Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts*, 1996, p. 104, quien alude al planteamiento ofrecido por ROTBERG en el marco de la 40. *Deutsche Juristentag* (1953).

²³³ Así, EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, p. 201, quien señala: «Dado que la asociación actúa a través de personas físicas, su motivación es fundamental: al igual que la imposición de una multa —cuya capacidad motivadora, por cierto, nunca se ha cuestionado seriamente— y cualquier pérdida financiera de una empresa basada en otras causas afecta a su política comercial, una sanción puede influir en la comunidad social “empresa” y en todos los individuos que la componen —socios, órganos y demás empleados— en lo que respecta a su comportamiento futuro».

suficiente para legitimar la imposición de la pena desde la perspectiva de la retribución²³⁴. Esto es así pues el contenido de sentido de lo que se conoce como «pena» no radica solo en el hecho de la imposición de un mal (la privación estatal de un derecho innato²³⁵), sino también en el hecho de que la imposición de ese mal se produce porque el comportamiento en cuestión merece una desaprobación o censura («Tadel»)²³⁶ por un comportamiento incorrecto. La persona jurídica no solo no tiene derechos innatos –a ella solo se puede afectar derechos adquiridos²³⁷–, sino que, por operar con «indiferencia normativa»²³⁸, es ajena al código «correcto-incorrecto» y, más bien –como ya se dijo–, se asocia de mejor manera con el código «beneficio-perjuicio». La «motivación» de la persona jurídica, entonces, «no alcanza» para legitimar la reacción estatal que recae sobre ella desde la perspectiva de la retribución y, por tanto, esa reacción no puede ser una pena en sentido estricto²³⁹.

Una segunda objeción tiene que ver con la consideración de que es posible asignar a la persona jurídica la condición de ciudadano al que se le puede sancionar penalmente por incumplir un deber de cooperación con el ordenamiento jurídico²⁴⁰. Este planteamiento implica defender una vinculación entre ciudadanía y culpabilidad (jurídico-penal)²⁴¹. Sin embargo, la persona jurídica, por su naturaleza formal e instrumental, no puede tener la condición de ciudadano y, por tanto, la de sujeto del Derecho penal (del delito y de la pena). Si lo acabado de indicar se admite, corresponde rechazar aquellos planteamientos que proponen la comprensión de la persona jurídica como «sujeto político», esto es, como un ente con capacidad de agencia política o con posibilidad de «expresarse en la así llamada *public square*»²⁴². Aunque pudiera admitirse que las personas jurídicas participan en la esfera pública²⁴³, de ello no fluye la admisión de un «derecho a participar en el proceso político de formación de la voluntad pública»²⁴⁴ (lo que supondría, por ejemplo, conceder el derecho al voto), pues eso supondría un tratamiento igual al que corresponde a una persona física²⁴⁵. Una persona jurídica –a la que se le podría reconocer una

²³⁴ WOHLERS, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 247.

²³⁵ GRECO, GA, 2015, p. 513.

²³⁶ HÖRNLE/VON HIRSCH, «Positive Generalprävention und Tadel», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1995, pp. 271 ss.

²³⁷ GRECO, GA, 2015, p. 514.

²³⁸ SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, 2013, p. 455.

²³⁹ WOHLERS, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 247. Ahora bien, incluso si tal «motivabilidad» existiera, requiere siempre de la referencia a las conciencias individuales, esto es, necesita de personas físicas. Esto se revela en el planteamiento de LAUFER/STRUDLER, *American Criminal L. Rev.*, (37), 2000, p. 1309, quienes señalan: «nuestra postura consiste en que la intencionalidad corporativa (*corporate intentionality*) y la acción puede encontrarse en: (1) agentes cuyas acciones e intenciones están relacionadas entre ellas de tal manera que ellos asumen las características de una forma corporativa; (2) agentes cuyo estatus en la organización es tal que sus acciones e intención son de la organización; y (3) aspectos de la organización, como políticas, objetivos y prácticas, que reflejan no solo la suma total de las intenciones de los agentes individuales, sino, en su lugar, atributos y condiciones de la corporación que hacen posible que esos agentes cooperen y colaboren en formas legalmente problemáticas».

²⁴⁰ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 116 ss.

²⁴¹ Según GÜNTHER, K., «Nulla poena sine culpa and corporate personhood», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (98), 2015, p. 371, la responsabilidad moral aún no es suficiente para legitimar la responsabilidad penal y, por ello, la pena. La responsabilidad penal requiere algo más: el estatus de ciudadano «que tiene un derecho político igual a participar en la legislación».

²⁴² SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, 2013, p. 447.

²⁴³ GÜNTHER, K., *KritV*, (98), 2015, p. 373.

²⁴⁴ GÜNTHER, K., *KritV*, (98), 2015, p. 373.

²⁴⁵ GÜNTHER, K., *KritV*, (98), 2015, p. 374.

ciudadanía económica, pero no política²⁴⁶ – con influencia en asuntos públicos es, en realidad, un «efecto nocivo a neutralizar»²⁴⁷ y no algo a lo cual otorgar «carta de juridicidad»²⁴⁸.

Una tercera crítica exige recordar uno de los principios fundamentales de la retribución: el no castigo a un inocente. Pues bien, una «pena» que se impone a la persona jurídica supondría el castigo de inocentes: en la doctrina anglosajona se ha indicado que los accionistas y empleados serían materialmente castigados, resultado que no puede ser visto como «colateral» o «secundario»²⁴⁹. En esa línea, en aquella doctrina se ha dicho, críticamente, que no reconocer ello supondría «atribuir al velo corporativo poderes mágicos»²⁵⁰ o, incluso, de manera más directa, que «[lo] vergonzoso de la responsabilidad penal de la persona jurídica consiste en castigar al inocente junto con el culpable»²⁵¹. Esta objeción –bien conocida en la doctrina alemana²⁵²–, ha sido calificada como una «contravención al principio general de justicia»²⁵³. Por tanto, se trataría, sin más, de una especie de «pena colectiva»²⁵⁴. Sucede que la persona jurídica, al carecer de la capacidad de «retener» la reacción jurídica estatal (la «pena» que ella se impone), esta se «filtra» siempre a las personas físicas situadas al interior de su estructura²⁵⁵. Y frente a ello no se podría decir, como parece ser usual, que en el caso de una pena impuesta a una persona física también hay un efecto «colateral» que recae sobre los familiares del penado²⁵⁶. Esto no justifica ni legitima nada (de hecho, ni siquiera son casos análogos²⁵⁷) pues, en realidad, supone pasar por alto que, en el caso de la persona física penada, la afectación a su familia es solo un «reflejo de la pena»²⁵⁸, pero, en el caso de la persona jurídica «penada», es sobre los propios accionistas y empleados, integrantes de la entidad colectiva (que no han intervenido en delito alguno y que tampoco

²⁴⁶ GÜNTHER, K., *KritV*, (98), 2015, p. 374.

²⁴⁷ CIGÜELA SOLA, «Cultura corporativa, *compliance* e injusto de la persona jurídica: aproximación criminológica y jurídico-penal», *La Ley Compliance Penal*, (2), 2020, p. 13.

²⁴⁸ CIGÜELA SOLA, *La Ley Compliance Penal*, (2), 2020, p. 13.

²⁴⁹ ALSCHULER, *American Criminal L. Rev.*, (1359), 2009, p. 1359.

²⁵⁰ DAN-COHEN, «Sanctioning Corporations», *Journal of Law and Policy*, (19), 2010, p. 35.

²⁵¹ ALSCHULER, *American Criminal L. Rev.*, (1359), 2009, p. 1367.

²⁵² Al respecto, SCHMITT, R., *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände*, 1958, pp. 215 ss., en su célebre crítica al carácter represivo de la multa, concluyó diciendo: «En la medida en que, de lege lata, se imponen multas a las asociaciones, se trata en realidad de un mal injustificado que se impone a los miembros inocentes de la asociación».

²⁵³ SCHWINGE, *Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts*, 1996, p. 105.

²⁵⁴ WOHLERS, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 234.

²⁵⁵ Así, ROBLES PLANAS, *Diario La Ley*, (7705), 2011, p. 9, que destaca que esa «filtración» afecta particularmente a los titulares de la persona jurídica, «sin que quede entonces limitada a la persona o personas físicas que han cometido el hecho delictivo o que realmente tienen capacidad organizativa». En ese sentido, agrega: «Ningún Derecho penal basado en la culpabilidad tendría tentaciones de acoger un modelo así, si es que quiere seguir siendo exactamente lo que afirma ser».

²⁵⁶ FISSE, *Southern California L. Rev.*, (56), 1983, p. 1175. En esa línea, propone una «normalización» de ese «efecto colateral», NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2008, p. 108.

²⁵⁷ En ese sentido, CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, 2015, p. 233, quien dice que «la sanción a la empresa para motivar a los administradores no equivale a la sanción de un padre que afecta al resto de familiares; equivale, más bien, a una sanción de la familia para motivar al padre».

²⁵⁸ SCHÜNEMANN, «Das Schuldprinzip und die Sanktionierung von juristischen Personen und Personenverbänden. Lehren aus dem deutsch-spanischen Strafrechtsdialog», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2015, p. 279.

pudieron evitarlo²⁵⁹), que recae directamente²⁶⁰ el peso de una «pena»²⁶¹ que, sin embargo, no se legitima frente a ellos con la excusa de que aquella se impone a otro (a la persona jurídica)²⁶².

Frente a ello se podría decir que, en realidad, el efecto «fáctico»²⁶³ o «mediato»²⁶⁴ sobre los inocentes es intencionado²⁶⁵: dado que la persona jurídica solo puede actuar a través de otros (por ejemplo: los integrantes de su órgano de dirección), la «pena» ha de tener efectos, también, sobre ellos²⁶⁶. Sin embargo, ello tendría sentido únicamente para quienes, precisamente, tienen ese poder de dirección, los que, presumiblemente, han de integrar un grupo reducido de personas físicas. Los accionistas y empleados no están situados en ese grupo y, de hecho, dentro de los márgenes de este, no todos los directivos tienen el mismo poder de decisión. En todo caso, incluso si se sostuviera que el mencionado efecto es intencionado, se trataría del único caso en el Derecho penal (si es que se admitiera una «pena» para la persona jurídica) en el que «el objetivo real sea una punición de terceros»²⁶⁷.

Finalmente, como ya se dijo antes, la comprensión de la pena como institución sostenida en una desaprobación ético-social revela que su destinatario se ha de haber comportado de manera culpable: se ha decidido por el injusto cuando pudo decidirse por el Derecho. Si en la persona jurídica «no hay auto, sino hetero-conducción»²⁶⁸, entonces la persona jurídica no puede elegir ni mucho menos ser culpable por una determinada «decisión»²⁶⁹. Y si no hay culpabilidad, entonces no hay nada que retribuir mediante una pena²⁷⁰. Desde la perspectiva del planteamiento de la retribución, solo se podría clasificar a la reacción estatal contra la persona jurídica como «pena», si es que ella fuera capaz de culpabilidad. Esto, como se ha visto, no sucede. Una pena, desde la perspectiva de la retribución, «pierde su específico contenido de sentido»²⁷¹ si es que aquella no se sostiene en la culpabilidad. Por todos estos motivos, se ha dicho que las finalidades de la pena no podrían ser alcanzadas en el caso de la persona jurídica, sobre todo, cuando se habla de la teoría de la retribución²⁷². Y esto es así pues, desde la perspectiva de esta teoría, la

²⁵⁹ SCHÜNEMANN, «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea», en ARROYO ZAPATERO *et al.* (eds.), *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, 1995, p. 588.

²⁶⁰ GÓMEZ MARTÍN, «Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobo?», en LANDA GOROSTIZA (dir.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, 2017, p. 273.

²⁶¹ WEIGEND, en LEHMKUHL/WOHLERS (eds.), *Unternehmensstrafrecht. Materiellrechtliche und prozessuale Aspekte*, 2020, p. 301, habla de una «pena adicional» que recae sobre la persona física.

²⁶² SCHÜNEMANN, *GA*, 2015, p. 279.

²⁶³ HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*, 1995, p. 309.

²⁶⁴ FREIER, *Kritik der Verbandsstrafe*, 1998, p. 243.

²⁶⁵ KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2007, p. 308.

²⁶⁶ WOHLERS, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 237.

²⁶⁷ TRÜG, «Was kann und soll ein Unternehmensstrafrecht bei der Sanktion leisten?», en JAHN/SCHMITT-LEONARDY/SCHOOP (eds.), *Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen*, 2016, p. 326.

²⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 20.

²⁶⁹ De hecho, una «decisión» de la persona jurídica es solo una palabra que resume «un discurrir de acontecimientos [...] una multiplicidad difusa –en términos sincrónicos como diacrónicos– de hechos de personas físicas que dan lugar a un estado de cosas». Así, SILVA SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 20.

²⁷⁰ DROPE, *Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe*, 2002, p. 323.

²⁷¹ WOHLERS, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 246.

²⁷² KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2007, p. 286.

negación de la capacidad de culpabilidad repercute directamente en la negación de la capacidad de pena²⁷³.

3. Conclusiones

Los argumentos antes expuestos revelan una y la misma cosa: que la «pena» de la persona jurídica se refiere, en realidad, a la persona física. En efecto, a veces la «pena» dice dirigirse a la persona jurídica pero, en realidad, se dirige a la persona física (prevención general negativa); a veces la «pena» no puede cumplir la función que teóricamente se le asigna por ser estructuralmente incompatible con ella y, más bien, la «pena» que sí cumpliría esa función solo lo haría si se dirigiera a la persona física (prevención especial positiva); a veces la «pena» se concentra en la peligrosidad instrumental u organizativa de la persona jurídica y pretende neutralizarla de tal manera que no se convierta en un entorno útil para que la persona física cometa nuevos delitos (prevención especial negativa); a veces, la «pena» para la persona jurídica necesita de condiciones que solo se pueden identificar en la persona física (prevención general positiva, retribución), y, a veces, la «pena», pese a imponerse a la persona jurídica, desencadena efectos materiales («fácticos» o «mediatos») sobre la persona física sin que esa imposición se haya legitimado frente a esta (retribución). Por lo dicho, la «pena» a la persona jurídica no puede lograr las finalidades que por lo general se le asigna a la pena (en virtud de las teorías de la pena) en el Derecho penal por el simple hecho de que su destinatario (la persona jurídica) carece de las condiciones necesarias para ello. La caracterización de la reacción estatal contra la persona jurídica como una «pena», justificada solo en la necesidad de asignarle a tal reacción un puro efecto expresivo –e incluso, pese a admitir que tal reacción apunta en última instancia a una voluntad individual (de la persona física)²⁷⁴–, podrá ser «técnicamente eficiente en la ingeniería social, pero nunca una sanción penal»²⁷⁵.

Ahora bien, pese a que el CP español hable de «penas» para la persona jurídica, se debe tener claro, por las reflexiones expuestas, que aquellas no son penas «en sentido estricto»²⁷⁶: más bien podrían ser entendidas como medidas «que se [imponen] por una condena a causa de un hecho penal»²⁷⁷. Aunque se sostenga, frente a lo acabado de indicar, que la voluntad del legislador ya ha cerrado la discusión (y, solo porque él lo dice, *societas puniri potest*), nada obliga a considerar a aquellas «penas» como penas en sentido estricto, pues esa voluntad –concretada en una específica regulación (los arts. 31 bis al 31 *quinquies* del CP español)– no puede ser expresada de

²⁷³ Al respecto, por todos, SCHMITT, R., *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände*, 1958, pp. 196 ss.; SCHWINGE, *Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts*, 1996, p. 105; DROPE, *Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe*, 2002, p. 70; KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2007, p. 105; CUELLO CONTRERAS, «El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (15-3), 2013, p. 23.

²⁷⁴ Así, por todos, ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, p. 198, refiriéndose a la «pena» de la persona jurídica, dice: «[...] la imposición de una sanción a la persona jurídica tiene el efecto de influir indirectamente en las voluntades individuales y, de este modo, provoca una reorientación en el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica» (cursiva agregada). Por su parte, NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2008, p. 23, indica: «Las sanciones penales contra personas jurídicas comparten con las medidas de seguridad que su finalidad primordial es la autorregulación –en términos clásicos, un tipo de corrección– de quien va a ser sancionado, pero comparten con la pena que ello se realiza indirectamente, a través de la motivación del substrato humano que integra la persona jurídica» (cursiva agregada).

²⁷⁵ VAN WEEZEL, *Polít. Crim.*, (5), 2010, p. 115.

²⁷⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REDEPEC*, (2), 2023, p. 27.

²⁷⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REDEPEC*, (2), 2023, p. 27.

manera independiente del ordenamiento jurídico en el que aquella se integra y, principalmente, no puede ser comprendida sustrayéndose del contexto científico desarrollado a partir de los esfuerzos de la dogmática jurídica, que es, precisamente, no solo la que hace posible que el Derecho pueda ser enseñado, aprehendido y aplicado²⁷⁸, sino también, la que, en definitiva, hace que el Derecho sea tal en virtud de su aplicación conforme a la Razón, proscribiendo la arbitrariedad. Como ha señalado célebremente NAGLER: «Quien lucha contra la confusión de conceptos lo hace por la causa en sí, no por juego dialéctico y, cuanto más claro tenga el concepto de pena, más decididamente se comprometerá con la causa»²⁷⁹.

Finalmente, una «pena» para la persona jurídica no es posible ni conveniente. No es posible porque la persona jurídica no es destinatario idóneo de una (genuina) pena. Y si esto es así, la persona jurídica no puede ponerse en pie de igualdad con la persona física desde la perspectiva de la pena como reacción estatal institucionalizada. La persona física no puede ser instrumentalizada bajo ningún concepto (esto supondría afectar su dignidad), pero la persona jurídica es, por antonomasia, un instrumento, el mismo que puede ser vendido, dividido o suprimido, siempre según la voluntad de quienes la controlan, la administran y la dirigen. La instrumentalización de las personas jurídicas es inevitable: ellas son, por definición, «instrumentos para obtener ciertos fines»²⁸⁰. La infracción de la «prohibición de instrumentalización» es inevitable en el ámbito de la persona jurídica.

Asimismo, la «pena» para la persona jurídica no es conveniente porque la admisión institucional de aquella (en la forma de un «Derecho penal de la persona jurídica») produciría un «efecto retroactivo indeseado»²⁸¹ en el Derecho penal de la persona física: llamar «pena» a la reacción contra la persona jurídica generaría la falsa impresión de que se pueden imponer penas sin culpabilidad, es decir, permitiría la aparición de la incorrecta idea de una posible pena sin culpabilidad²⁸² y, por lo tanto, supondría la aparición del riesgo de que la culpabilidad dejara de ser considerada como una condición de legitimación para la imposición de una pena²⁸³. Y esto, a mi juicio, no se subsana con la formulación de, por ejemplo, un concepto de culpabilidad (como el de la culpabilidad por el carácter²⁸⁴) que no podría tener lugar en un genuino Derecho penal (el de la persona física). Que se quiera mantener a la pena como consecuencia jurídica para dos formas de responsabilidad (la de la persona física y la de la persona jurídica) que tienen presupuestos claramente divergentes²⁸⁵, revela también el peligro de degradación de la (genuina)

²⁷⁸ SEELMANN, «Punibilidad de la empresa: causas, paradojas y consecuencias», *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, (3), 2002, p. 352.

²⁷⁹ NAGLER, *Die Strafe. Eine juristisch-empirische Untersuchung*, 1918, p. 6.

²⁸⁰ VAN WEEZEL, *Polít. Crim.*, (5), 2010, p. 115.

²⁸¹ VOLK, *JZ*, (48-9), 1993, p. 435.

²⁸² GRECO, *GA*, 2015, p. 515.

²⁸³ Que esto es así no es una mera elucubración: es absolutamente comprobable en algunos ordenamientos jurídicos en los que, así como se reconocen penas para las personas jurídicas, se admiten también ciertas penas sin culpabilidad para las personas físicas. Así, el Derecho anglosajón reconoce tanto la *strict liability* como la *vicarious responsibility*, la «*Felony murder rule*» o la *Pinkerton doctrine*.

²⁸⁴ MAÑALICH, *REDEPEC*, (5), 2024, pp. 44 ss.

²⁸⁵ A favor de esto, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Revista Derecho & Sociedad*, (64), 2025, p. 4, quien distingue entre una responsabilidad penal (esta sería la que corresponde a la persona jurídica) y responsabilidad criminal (la de la persona física).

responsabilidad penal²⁸⁶ –y de la (genuina) pena²⁸⁷–. La «pena» (así, con comillas) sin culpabilidad de hoy (para la persona jurídica) puede ser la pena (así, sin comillas) sin culpabilidad de mañana (para la persona física). No es conveniente, por tanto, llamar «pena» a algo que no lo es.

4. Bibliografía

ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1984.

ALFARO ÁGUILA-REAL, «Personalidad jurídica y penas», *InDret*, (3), 2024, pp. 446-481.

ALPACA-PÉREZ, «Sobre la imposición de la pena como retribución», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22-21), 2020, pp. 1-43.

ALSCHULER, «Two Ways to Think about the Punishment of Corporations», *American Criminal Law Review*, (1359), 2009, pp. 1359-1392.

ANDERSON/WAGGONER, *The Changing Role of Criminal Law in Controlling Corporate Behavior*, Rand Corporation, Santa Monica, 2014.

BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, T. Pyne and Son at the Mews-Gate, London, 1780.

BERTOSSA, *Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen*, Stämpfli, Bern, 2003.

BUCY, «Organizational Sentencing Guidelines: The Cart Before The Horse», *Washington University Law Quarterly*, (71), 1993, pp. 329-355.

CIGÜELA SOLA, «Cultura corporativa, *compliance* e injusto de la persona jurídica: aproximación criminológica y jurídico-penal», *La Ley Compliance Penal*, (2), 2020, pp. 1-21.

———, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

COFFEE, «Corporate Criminal Liability: An Introduction and Comparative Survey», en ESER/HEINE/HUBER (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities. International Colloquium. Berlin, May 4-6, 1998*, Iuscrim, Freiburg in Breisgau, 1999, pp. 9-37.

———, «“No Soul to Damn: No Body to Kick”: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment», *Michigan Law Review*, (386), 1981, pp. 386-459.

CUELLO CONTRERAS, «El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (15-03), 2013, pp. 1-25.

²⁸⁶ CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, 2015, p. 210, señala, sobre los modelos de «culpabilidad por el carácter», que «lo que es indiscutible es que de lo que se está hablando es de un discurso jurídico totalmente diverso al de la culpabilidad de las personas físicas».

²⁸⁷ WEIGEND, en LEHMKUHL/WOHLERS (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2020, p. 301.

CUGAT MAURI, «La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las compliance», *Estudios Penales y Criminológicos*, (35), 2015, pp. 919-963.

DAN-COHEN, «Sanctioning Corporations», *Journal of Law and Policy*, (19), 2010, pp. 15-43.

DANNECKER, «Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2001, pp. 101-130.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Penas para las personas jurídicas en el Código Penal español», en GÓMEZ COLOMER (dir.)/MADRID BOQUÍN (coord.), *Tratado sobre Compliance penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 67-99.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Reflexiones sobre el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español y algunos cabos sueltos», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*, (2), 2023, pp. 1-34.

DROPE, *Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002.

DUST, *Täterschaft von Verbänden*, Duncker & Humblot, Berlin, 2019.

EDGERTON, «Corporate Criminal Responsibility», *Yale Law Journal*, (36), 1927, pp. 827-844.

EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe. Sanktionen gegen Juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.

FARALDO CABANA, «Capítulo 7: Las penas», en JUANES PECES (dir.), *Memento Experto. Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 113-163.

FEIJÓO SÁNCHEZ, «¿Responsabilidad estructural versus responsabilidad por el hecho? Filosofía y responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Derecho & Sociedad*, (64), 2025, pp. 1-21.

———, «La función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*, (1), 2023, pp. 1-121.

———, «La estabilización normativa como fin de la pena: ¿puro teatro?», en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (eds.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig, B de F*, Montevideo, 2017, 309-321.

———, *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, 2.^a ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

———, «Las consecuencias jurídicas del delito», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJÓO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal*, 2.^a ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 273-296.

FISSE, «Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions», *Southern California Law Review*, (56), 1983, pp. 1141-1246.

FISSE/BRAITHWAITE, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993.

FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14.^a ed., Georg Friedrich Heyer, Gießen, 1847.

FREIER, *Kritik der Verbandsstrafe*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.

GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GARCÍA CAVERO, *Derecho penal de las personas jurídicas*, Instituto Pacífico, Lima, 2023.

GIL NOBAJAS, «Consideraciones en torno a la imposición y determinación de penas interdictivas a personas jurídicas», en LANDA GOROSTIZA/ORTUBAY FUENTES/GARRO CARRERA (coords.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma de 2015*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 285-308.

GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

GÓMEZ MARTÍN, «Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobo?», en LANDA GOROSTIZA (dir.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 247-284.

GÓMEZ TOMILLO, «Programas de cumplimiento y política criminal» en BACIGALUPO SAGGESE *et al.* (eds.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 103-124.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJÓO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal*, 2.^a ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 89-119.

———, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

GRACIA MARTÍN, «Consideraciones críticas sobre las erróneamente supuestas capacidades de infracción y sanción de la persona jurídica en Derecho sancionador administrativo», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (55), 2020, pp. 12-118.

GRECO, «Steht das Schuldprinzip der Einführung einer Strafbarkeit juristischer Personen entgegen? Zugleich Überlegungen zum Verhältnis von Strafe und Schuld», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2015, pp. 503-516.

GÜNTHER, K., «Nulla poena sine culpa and corporate personhood», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (98), 2015, 360-376.

———, «Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe – Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?», en PRITTWITZ *et al.* (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 205-220.

HAMDANI/KLEMENT, «Corporate Crime and Deterrence», *Stanford Law Review*, (61), 2008, pp. 271-310.

HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*, Nomos, Baden-Baden, 1995.

HENNING, «Should The Perception of Corporate Punishment Matter?», *Journal of Law and Policy*, (19), 2010, pp. 83-93.

———, «Corporate Criminal Liability and the Potential for Rehabilitation», *American Criminal Law Review*, (46), 2009, pp. 1417-1436.

HENSE, *Die prozessuale Stellung des Unternehmens bei der Festsetzung einer Unternehmensgeldbuße nach § 30 OWiG. Eine Bestandaufnahme des geltenden Verfahrensrechts und Lösungsvorschläge de lege ferenda*, Duncker & Humblot, Berlin, 2019.

HIRSCH, H.-J., «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», trad. por Ziffer, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (46-3), 1993, pp. 1100-1124.

HÖRNLE/VON HIRSCH, «Positive Generalprävention und Tadel», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1995, pp. 261-282.

JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.^a ed., trad por Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997.

KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2.^a ed., Carl Winter, Heidelberg, 1976.

KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, Nomos, Baden-Baden, 2007.

KÖHLER, «Straffähigkeit der juristischen Person», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1917, pp. 500-506.

KOHLHOF, *Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe. Eine straftheoretische Untersuchung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2019.

KUBICIEL, «Verbandsstrafe – Verfassungskonformität und Systemkompatibilität», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, (47-5), 2014, pp. 133-137.

KULHANEK, «Der fragmentarische Charakter des Strafrechts als Argumentationsfigur. Exemplifiziert an der Frage nach einem Deliktskatalog für eine Verbandsstrafbarkeit», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (13), 2014, pp. 674-678.

LARKIN/SEIBLER, «All Stick and No Carrot: The Yates Memorandum and Corporate Criminal Liability», *Stanford Law Review*, (46), 2016, pp. 7-39.

LAUFER/STRUDLER, «Corporate Intentionality, Desert and Variants of Vicarious Liability», *American Criminal Law Review*, (37), 2000, pp. 1285-1312.

LINZEY, «Awakening a Sleeping Giant: Creating a Quasi-Private Cause of Action for Revoking Corporate Charters in Response to Environmental Violations», *Pace Environmental Law Review*, (13), 1995, pp. 219-280.

MAÑALICH, «La responsabilidad penal de las entidades corporativas. Una defensa filosófica del modelo de la culpabilidad por el carácter», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*, (5), 2024, pp. 1-64.

MENTOVICH/CERF, «A Psychological Perspective on Punishing Corporate Entities», en BRODOWSKI, /ESPINOZA DE LOS MONTEROS DE LA PARRA/TIEDEMANN/VOGEL (eds.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer, New York, 2014, pp. 32-45.

MIR PUIG, «Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, v. II, Reus, Madrid, 2020, pp. 1337-1345.

MITSCH, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 2.^a ed., Springer, Heidelberg, 2005.

MORENO-PIEDRAHÍTA HERNÁNDEZ, *Teoría del delito de las personas jurídicas: bases y esbozo de un sistema conceptual*, tesis doctoral, Universidad de Granada, 2025.

NAGLER, *Die Strafe. Eine juristisch-empirische Untersuchung*, Felix Meiner, Leipzig, 1918.

NEUMANN, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden – rechtstheoretische Prolegomena», en KEMPF/LÜDERSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, De Gruyter, Berlin/Boston, 2012, pp. 13-20.

NIETO MARTÍN, «El artículo 31 bis del Código Penal y las reformas sin estreno», *Diario La Ley*, (8248), 2014, pp. 1-15.

———, «Introducción», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 11-29.

———, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.

PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

PIETH, «Braucht Deutschland ein Unternehmensstrafrecht?», *Kritische Justiz*, (47), 2014, pp. 276-282.

REYES ALVARADO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista General de Derecho Penal*, (11), 2009, pp. 1-18.

ROBLES PLANAS, «Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP», *Diario La Ley*, (7705), 2011, pp. 1-30.

ROBSON, «Crime and Punishment: Rehabilitating Retribution as a Justification for Organizational Criminal Liability», *American Business Law Journal*, (47), 2010, pp. 109-144.

ROCA DE AGAPITO, «Sanciones penales a entes colectivos», en ROCA DE AGAPITO (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 249-265.

ROXIN, «Prävention, Tadel und Verantwortung. Zur neuesten Strafzweckdiskussion», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2015, pp. 185-202.

ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5.^a ed., C. H. Beck, München, 2020.

SÁNCHEZ-OSTIZ, «La acción de las personas jurídicas: límites de una ficción», *La Ley Compliance Penal*, (3), 2020, pp. 1-10.

SCHLÜTER, *Die Strafbarkeit von Unternehmen in einer prozessualen Betrachtung nach dem geltenden Strafprozeßrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2000.

SCHMITT, R., *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände. Gleichzeitig ein Beitrag zur Lehre von den strafrechtlichen Unrechtsfolgen*, Kohlhammer, Stuttgart, 1958.

SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, C. F. Müller, Heidelberg, 2013.

SCHNEIDER, M. S., *Zu den neuen Möglichkeiten einer Unternehmenssanktionierung zwischen Ordnungswidrigkeitenrecht und Kriminalstrafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2023.

SCHÜNEMANN, «Das Schuldprinzip und die Sanktionierung von juristischen Personen und Personenverbänden. Lehren aus dem deutsch-spanischen Strafrechtsdialog», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2015, pp. 274-283.

———, «Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (1), 2014, pp. 1-18.

———, «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea», trad. por Peñaranda Ramos/Pérez Manzano, en ARROYO ZAPATERO *et al.* (eds.), *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 565-600.

———, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Carl Heymanns, Köln, 1979.

SCHWANDER, «Der Einfluss der Fiktions- und Realitätstheorie auf die Lehre von der Strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Personen», en JURISTISCHE FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT FREIBURG [SCHWEIZ] (ed.), *Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1959, pp. 603-619.

SCHWINGE, *Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts*, Pfaffenweiler, Centaurus-Verlagsgesellschaft, 1996.

SEELMANN, «Punibilidad de la empresa: causas, paradojas y consecuencias», trad. por GARCÍA CAVERO, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, (3), 2002, pp. 351-369.

SILVA SÁNCHEZ, «Lo real y lo ficticio en la responsabilidad “penal” de las personas jurídicas», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*, (1), 2023, pp. 1-23.

———, «¿“Quia peccatum est” o “ne peccetur”? Una modesta llamada de atención al Tribunal Supremo sobre la “pena” corporativa», *InDret*, (1), 2021, pp. vi-ix.

———, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español», en: EL MISMO (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 15-42.

SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, «El art. 31.2 del Código Penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?», *InDret*, (2), 2006, pp. 1-46.

STRATENWERTH, *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?*, trad. por Sancinetti, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

———, «Strafrechtliche Unternehmenshaftung?», en GEPPERT/BOHNERT/RENGIER (eds.), *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1992, pp. 295-307.

TIEDEMANN, «Corporate Criminal Liability as a Third Track», en BRODOWSKI *et al.* (eds.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer, New York, 2014, pp. 11-18.

———, «El Derecho comparado en el desarrollo del Derecho penal económico», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 31-42.

TRÜG, «Was kann und soll ein Unternehmensstrafrecht bei der Sanktion leisten?», en JAHN/SCHMITT-LEONARDY/SCHOOP (eds.), *Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen*, Nomos, Baden-Baden, 2016, pp. 307-332.

VAN WEEZEL, «Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Política Criminal*, (5), 2010, pp. 114-142.

VOGEL, «Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht», en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, De Gruyter, Berlin, 2012, pp. 205-216.

VOLK, «Zur Bestrafung der Unternehmen», *Juristenzeitung*, (48-9), 1993, pp. 429-435.

VON LISZT, «Der Zweckgedanke im Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (3), 1883, pp. 1-47.

WEIGEND, «Verbandssanktionenrecht mit spezialpräventiver Zielsetzung», en LEHMKUHL/WOHLERS (eds.), *Unternehmensstrafrecht. Materiellrechtliche und prozessuale Aspekte*, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2020, pp. 297-310.

WEISSMANN/NEWMAN, «Rethinking Criminal Corporate Liability», *Indiana Law Journal*, (82), 2007, pp. 411-451.

WOHLERS, «Strafzwecke und Sanktionsarten in einem Unternehmensstrafrecht», en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, De Gruyter, Berlin, 2012, pp. 231-251.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Instituto Pacífico, Lima, 2020.

Dolo y consciencia actual

Una recapitulación a más de un siglo de advertido el problema

Sumario

-
Este trabajo aborda el problema de la actualidad de la consciencia como presupuesto del dolo, analizando su evolución histórica y adoptando una posición crítica respecto de la explicación que suele brindar la doctrina. En particular, se sostiene que este problema afecta a dos planos disímiles, no suficientemente identificados en el tratamiento habitual del tema: el de aquello a ser conocido durante el acto y el de aquello ya sabido al momento de actuar. Establecida tal diferencia, la propuesta que aquí se brinda no supone un cambio radical en cuanto a los resultados, pero sí una exposición más clara de por qué los casos problemáticos deben resolverse de tal manera. En particular, se sostiene que el presupuesto cognitivo del dolo no sólo se ve satisfecho con una consciencia actual de los elementos del tipo, sino también, en el caso de circunstancias ya sabidas, con una consciencia meramente actualizable; algo que, en el fondo, la doctrina dominante admite, pero intentando con la co-consciencia construir una ficcionada actualidad.

Abstract

-
This paper addresses the problem of occurrent awareness as a requirement for dolus, analyzing its historical evolution and adopting a critical stance regarding the explanation usually given by legal doctrine. In particular, it is argued that this issue affects two different levels that are not sufficiently identified in the standard treatment of the subject: that which is to be known during the act and that which is already known at the time of acting. Once this distinction is established, the proposal presented here does not involve a radical change in terms of results, but it does offer a much clearer explanation of why problematic cases should be resolved in such a manner. Specifically, it is maintained that the cognitive requirement of dolus is satisfied not only by an occurrent awareness of the elements of the offence, but also, in the case of previously known circumstances, by a merely actualizable awareness; something that, fundamentally, the dominant doctrine admits, though it attempts to construct a fictionalized occurrentness through the concept of co-consciousness.

Zusammenfassung

-
Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dem Problem des aktuellen Bewusstseins als Voraussetzung des Vorsatzes, analysiert dessen historische Entwicklung und nimmt eine kritische Haltung gegenüber der in der Lehre üblichen Erklärung ein. Insbesondere wird dargelegt, dass dieses Problem zwei unterschiedliche Ebenen betrifft, die in der standardmäßigen Behandlung des Themas nicht ausreichend differenziert werden: die Ebene dessen, was während der Tat erkannt werden muss, und die Ebene dessen, was zum Zeitpunkt der Tat bereits gewusst wird. Auf Grundlage dieser Unterscheidung schlägt die hier vorgestellte Position keine radikale Änderung der Ergebnisse vor, wohl aber eine klarere Darlegung dessen, warum problematische Fälle auf diese Weise gelöst werden müssen. Insbesondere wird die Auffassung vertreten, dass das kognitive Element des Vorsatzes nicht nur durch ein aktuelles Bewusstsein der Tatbestandsmerkmale erfüllt wird, sondern bei bereits bekannten Umständen auch durch ein bloß aktualisierbares Bewusstsein; ein Umstand, den die herrschende Lehre im Kern zwar anerkennt, jedoch mit dem Begriff des Mitbewusstseins eine fiktive Aktualität zu konstruieren versucht.

Title: *Dolus and Occurrent Awareness. Revisiting a Problem Identified Over a Century Ago.*

Titel: *Vorsatz und aktuelles Bewusstsein. Eine Rekapitulation mehr als ein Jahrhundert nach der ersten Erkenntnis des Problems.*

-

Palabras clave: dolo, consciencia actual, co-consciencia, pensamiento intelectual-material, pensamiento intelectual-lingüístico.

Keywords: *dolus, occurrent awareness, co-consciousness, thing-oriented thinking, linguistic thinking.*

Stichwörter: *Vorsatz, aktuelles Bewusstsein, Mitbewusstsein, Sachdenken, Sprachdenken.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i2.08

-

Recepción
05/11/2025

-

Aceptación
25/02/2026

-

Índice

-

- 1. Introducción**
- 2. La consciencia actual como presupuesto y como problema para el dolo**
- 3. La actualidad de la consciencia: algunas propuestas de solución**
 - 3.1. La co-consciencia en PLATZGUMMER
 - 3.2. Un claro antecedente en v. WICK
 - 3.3. El pensamiento lingüístico y el pensamiento intelectual-material en SCHMIDHÄUSER
 - 3.4. Nada distinto a SCHMIDHÄUSER: el pensamiento gráfico en FRISCH y JAKOBS
- 4. La denominada co-consciencia y su ambiguo empleo en la habitual discusión doctrinal**
 - 4.1. ¿Co-consciencia intelectual-material? Un yerro común que debe ser disipado
 - 4.2. El origen del malentendido: la forma de acceso al objeto a ser conocido y la ubicación en consciencia de aquello ya sabido
- 5. Toma de posición: ubicación (al menos actualizable) del objeto sabido en consciencia y acceso (al menos gráfico) al objeto a conocer**
 - 5.1. Introducción
 - 5.2. El problema de la forma de acceso al objeto disponible para la cognición
 - a. Algunas reflexiones con ayuda de la Psicología
 - b. La consciencia gráfica y su extensión a las circunstancias situacionales y causales
 - c. Precisiones adicionales
 - d. Un mero esbozo: el problema de las acciones impulsivas
 - 5.3. El problema de la ubicación del objeto ya conocido a nivel de la consciencia
 - a. Lo sabido como dato no necesariamente referido al sujeto actuante
 - b. La renuncia a una consciencia actual como primera aproximación
 - c. ¿Sólo los saberes prácticos situacionales? Sobre la posible consideración de los saberes prácticos causales
 - d. La semántica de lo actual y las tesis fuerte y débil de la co-consciencia
 - e. Posibles objeciones desde el plano procesal
 - f. Lo actualizable como aspecto (también) conformador de una actuación consciente
- 6. Conclusiones**
- 7. Bibliografía**

-

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

1. Introducción*

Hubo un tiempo en que la *actualidad* de la consciencia era un tema de interés para la dogmática del dolo. El punto de debate era su estricta necesidad, teniendo en cuenta que una actualidad meramente potencial solía ser vista como un desconocimiento excluyente del dolo. Eran aquellos, valga admitir, tiempos dorados para la academia; tiempos en que, lejos de eludir los problemas, se los discutía en sus más mínimos detalles. La respuesta que por entonces se halló fue, dicho de forma simple, “intermedia”. Ni una estricta consciencia actual, ni tampoco una mera potencialidad: la actualidad debía ser repensada, a fin de abarcar aquello que, quedando entre ambos polos, suscitaba dudas sobre la correcta solución del caso. En pocas palabras, para recoger aquel contenido que culminó identificándose como *co-consciente*.

Con el paso del tiempo, el interés en el tema fue poco a poco mermando hasta desaparecer. Ya no se encuentran textos destinados a abordarlo y cuando se lo menciona en obras de Parte General el margen que se le dedica es mínimo¹. Las razones para este desdén, hasta donde alcanzo a ver, son simples de explicar. Por un lado, ha sido esencial la idea –más implícita que explícita– de que los problemas de la actualidad de la consciencia quedan ya resueltos en el plano procesal, es decir, al reconstruirse el estado mental atribuible al sujeto. Por otro lado, también ha sido vital que la referida “solución intermedia” (léase: la que entiende que la *co-consciencia* es suficiente para el requisito de actualidad en el dolo) haya encontrado una buena acogida en la doctrina, consolidándose como una respuesta suficiente para dar por cerrado el debate.

Visto este panorama, podrá preguntarse el lector qué es lo que motiva la investigación que aquí presento. Y la respuesta al respecto es bastante simple: no los resultados, sino el proceso de fundamentación que hoy resulta dominante. Cuando lo que está en juego es si el sujeto ha tenido una consciencia actual de los elementos del tipo, las soluciones que la doctrina brinda, cabe admitir, son materialmente correctas. No obstante, no puede decirse lo mismo de los argumentos que emplea para arribar a ellas. La cuestión no es banal si se observa que detrás de este déficit quedan ocultas dos cuestiones de real interés dogmático. La primera es que, con su habitual y automático recurso a la *co-consciencia*, la doctrina pasa por alto que los casos que busca solucionar no son representativos de una, sino de dos estructuras disímiles, cada una de las cuales demanda un aparato teórico específico para su correcto tratamiento. En este sentido, el ámbito de aplicación de la idea de la *co-consciencia* es más restringido de lo que tiende a pensarse. La segunda cuestión, en cambio, consiste en que allí donde el recurso a una *co-consciencia* parece plausible, su utilidad, al fin de cuentas, resulta enteramente banal, pues se dirige a afirmar una ficcionada actualidad, en una estructura de casos en que su ausencia no debilitaría un ápice el presupuesto cognitivo del dolo. En esta renuncia parcial a una consciencia actual, que no implica sino una reconstrucción *más real* del concepto de dolo al uso, se refleja mi apartamiento de la doctrina dominante, pese a que, en la práctica, arribemos a soluciones similares.

Así pues, con el objetivo de ahondar en estos aspectos, el estudio que presento se estructura como sigue. El punto 2 busca aclarar el origen y significado de la consciencia actual como presupuesto del dolo, dando cuenta de por qué tal exigencia fue finalmente advertida como un

* Autor de contacto: Mauro Roccasalvo (mauro.roccasalvo@gmail.com). Agradezco al Profesor Peñaranda Ramos sus observaciones al borrador de este texto, así como a los evaluadores anónimos que promovieron su publicación. Mi reconocimiento también a los Profesores Molina Fernández y Feijóo Sánchez por sus comentarios sobre el tema durante mi paso por la Universidad Autónoma de Madrid.

¹ Entre las obras más modernas, una excepción puede hallarse en SILVA SÁNCHEZ, PG, 2025, 12/88, 94 ss., quien retoma el tema sacándolo de su profundo letargo.

escollo para la dogmática dominante. El punto 3 es de carácter expositivo y procura acercar al lector las dos propuestas más relevantes dirigidas a superar este escollo. El punto 4, en cambio, se destina a comentar el estado de la cuestión en las últimas décadas, destacando cómo la merma en la discusión se debe a la incorrecta asimilación de estas propuestas (4.1), motivada, en última instancia, en no advertir que el objetivo de cada cual era resolver dos problemas cognitivos estructuralmente distintos (4.2). Allanado así el camino, el punto 5 consiste en una toma de posición sobre la necesidad de una consciencia actual en el dolo, desarrollada a partir de esta estricta separación de las estructuras de la cognición en juego (5.2 y 5.3). El punto 6, a modo de cierre, brinda un resumen de los aspectos principales de la investigación.

2. La consciencia *actual* como presupuesto y como problema para el dolo

Pasados más de dos siglos de intensa discusión, difícilmente pueda decirse que el recurso a lo volitivo, como suele sostenerse con total naturalidad, sea en efecto esencial para conceptualizar el dolo². La objeción, a decir verdad, puede admitirse o rechazarse, pero no cambia un ápice lo que irá a discutirse en esta investigación. En todo caso, el motivo por el que esta disputa es traída a colación es por aquello que notoria y “conscientemente” deja en pie: que la cognición, incluso para quienes demandan un elemento volitivo adicional, es un bien indisponible en la dogmática del dolo. Sobre este aspecto, más allá de algunas voces disidentes³, media en la doctrina un pleno acuerdo⁴. Delimitado entonces el ámbito de discusión, podemos pasar a lo que aquí interesa.

En las obras que directa o indirectamente abordan el tema, no es raro hallar la idea de que el elemento cognitivo del dolo supone una consciencia *actual* de los elementos del tipo⁵. La terminología puede causar perplejidad, pues no remite a uno de los temas más populares en la dogmática del dolo. Sin embargo, lo que con ella busca decirse es mucho más simple de lo que parece. Haciendo caso omiso a los matices que luego son introducidos, no otra cosa que lo siguiente: que el sujeto, al momento del acto jurídicamente relevante, debe *pensar en la circunstancia típica*, es decir, debe *poner su atención en ella*.

A decir verdad, el tema de la actualidad de la consciencia presenta unas raíces mucho más longevas de lo que tiende a pensarse. Los primeros en teorizar al respecto fueron V. WICK y FRANK, en trabajos que datan, respectivamente, de mediados del siglo XIX y principios del siglo XX. Sin embargo, lo interesante de sus trabajos es que, pese a ser fundacionales en el tema, no contienen un alegato favorable a una consciencia actual, sino una aguda crítica a la pertinencia de un requisito como tal en el dolo⁶. Los reparos opuestos por ambos autores, de todos modos, no tuvieron el efecto esperado en la doctrina. Las décadas siguientes, al menos hasta los años 60 del

² Críticos, RAGUÉS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 60 ss., 75 s., 157 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 12/79; GRECO, «Dolo sem vontade», en RAPOSO et al. (orgs.), *Lib. Am. de Sousa e Brito*, 2009, pp. 893 ss.; PUPPE, *NK-StGB*, t. I, 6.ª ed., 2023, § 15, nm. 24.

³ Contrarios a esta “dogmática” indisponibilidad del elemento cognitivo (¡y con razón!), PÉREZ BARBERÁ, «¿Dolo como indiferencia?», *En Letra*, (VI-11), 2021, pp. 113 ss.; RAGUÉS, *La ignorancia deliberada*, 2007, pp. 115 ss.

⁴ GRECO, «Objektive Zurechnung als Vorsatzgegenstand?», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2018, p. 545.

⁵ En este sentido, aunque luego introduciendo matizaciones, entre otros, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 9.ª ed., 1959, § 59 II 5 (p. 323); WELZEL, *AT*, 11.ª ed., 1969, p. 65; OTTO, *Grundkurs*, 7.ª ed., 2004, 7/8; JAKOBS, *AT*, 2.ª ed., 1991, 8/12; KÜHL, *AT*, 8.ª ed., 2017, 5/9, 98 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 53.ª ed., 2023, nm. 357; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, pp. 120, 122 s.; BACIGALUPO, *PG*, 2.ª ed., 1999, pp. 321 ss.; LUZÓN PEÑA, *PG*, 4.ª ed., 2025, 16/39; VOGEL/BÜLTE, *LK-StGB*, t. I, 13.ª ed., 2020, Vor. §§ 15 ff., nm. 58; § 15, nm. 137; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, *Sch/Schr StGB*, 30.ª ed., 2019, § 15, nm. 51; RENGIER, *AT*, 14.ª ed., 2022, 14/51; JOECKS/KULHANEK, *MüKo-StGB*, t. I, 4.ª ed., 2020, § 16, nm. 77; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 11.ª ed., 2022, p. 248.

⁶ Sobre las propuestas de ambos autores, véase los puntos 3.2, 5.2.b y 5.3.b.

siglo pasado, demuestran una clara tendencia a demandar esta especie de consciencia, sin incurrir por ello en mayores miramientos. Valgan al respecto algunos ejemplos.

Un pionero en este ámbito ha sido V. HIPPEL. En su planteamiento la cuestión aparece esbozada de forma simple: como el dolo debe manifestarse al momento del hecho y requiere la representación de todas las circunstancias del delito, nunca puede bastar con poseer conocimientos acerca de ellas, si al momento de actuar no se las piensa. En pocas palabras: el dolo requiere siempre y en todo caso una consciencia *real* de todas estas circunstancias⁷. La misma opinión se encuentra en BINDING, para quien las reservas presentadas por FRANK se sustentan en un completo equívoco acerca de los límites del dolo y la imprudencia. Si al momento del acto lo experimentado con anterioridad se desvanece hasta convertirse en algo ya no sabido, claramente debe dejar de contar a efectos del dolo⁸. Y una réplica similar puede hallarse en HEIMS, el cual acomete contra FRANK empleando un argumento muy característico de este último: el dolo presupone que se tenga un contramotivo para omitir la acción, y ello sólo sucede cuando se tiene en mente la concurrencia de la circunstancia típica. En este sentido, lo que no es objeto sino sólo parte del contenido de la consciencia, al no dar lugar a un contramotivo, simplemente puede fundamentar un reproche por imprudencia⁹.

WELZEL también hubo de defender esta idea, pese a morigerar su opinión con el tiempo. En varias ediciones de su tratado reputó insuficiente lo que caracterizó como un conocimiento potencial de las circunstancias típicas, es decir, el poder traerlas a consciencia. Para actuar de forma dolosa, el autor debe ser realmente consciente de ellas: debe representárselas, percibirlas, pensarlas. Renunciar al presupuesto de la actualidad, por el contrario, tornaría ilusoria la distinción entre el dolo y la imprudencia¹⁰. Lo mismo puede hallarse en H. MAYER, quien destaca la necesidad de un conocimiento actualmente presente de las circunstancias típicas¹¹, o bien en MEZGER, para el cual el mero conocimiento de una circunstancia del hecho no puede ser equiparado a su *ser pensada* durante la acción, que es lo único que para el dolo interesa¹².

Esta exigencia, advertirá el lector, no resulta nada intrascendente para aquellas circunstancias que suelen ser obviadas al discutirse los presupuestos conceptuales del dolo. Lo habitual es que las teorizaciones –y así el entero debate entre doctrinas– centren su atención en el resultado como objeto de una cognición. ¿Pero qué sucede con los elementos situacionales, es decir, con aquellos que ya concurren al momento de la acción y, como tales, no dependen de la ejecución del comportamiento? Parece claro que si lo que se requiere es una consciencia *actual*, un *pensar* o *poner la atención* en ellos, serán estos elementos los principalmente afectados por una exigencia como la desarrollada, pues siempre seremos más proclives a reflexionar sobre las consecuencias futuras, en tanto pueden depender de nuestra conducta, que sobre circunstancias

⁷ V. HIPPEL, «Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum», en BIRKMEYER *et al.* (eds.), *Vergleichende Darstellung*, t. III, 1908, p. 523 (n. 2) [sin cursiva en el original].

⁸ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. II-II, 2.ª ed., 1916, p. 310 (n. 9). De todos modos, cabe admitir que el argumento de Binding va demasiado lejos cuando habla de aquello que se desvanece hasta «ya no ser algo sabido», pues el aspecto controvertido no radica en lo que ya no cuenta como objeto del saber, sino en lo no pensado u objeto de la atención, aun siendo sabido.

⁹ Véase HEIMS, «Zur Lehre vom Schuldbegriff», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (40), 1919, pp. 762 s., 764 (n. 22).

¹⁰ Así desde WELZEL, *AT*, 3.ª ed., 1954, p. 49; EL MISMO, *AT*, 6.ª ed., 1958, p. 60; EL MISMO, *AT*, 8.ª ed., 1963, p. 60. Compárese su posición en EL MISMO, *AT*, 11.ª ed., 1969, p. 65.

¹¹ H. MAYER, *AT*, 1967, p. 117.

¹² Véase MEZGER, *AT*, 3.ª ed., 1949, pp. 303 s. (n. 1).

cuya presencia no se ve alterada por la ejecución o no de un acto. Unos simples ejemplos pueden hacer la problemática un poco más gráfica.

Caso del arma reglamentaria:

El oficial de policía Juan, teniendo su día libre, decide destinar su tarde a pasear por la ciudad. Al no estar en servicio, no lleva su uniforme, pero sí porta en cambio (y de forma visible) su pistola reglamentaria en su cintura. En determinado momento, agobiado por el calor de la tarde, ingresa a un comercio a fin de comprar un refresco. No obstante, al salir de él advierte que se halla ante una buena ocasión para obtener unos euros extra. No hay testigos, pues la calle se encuentra desolada, y el comercio está siendo atendido por una persona muy mayor, cuya movilidad y capacidad de resistencia es mínima. Así pues, ingresa nuevamente al lugar y elevando la voz le demanda al anciano la entrega del dinero de la caja. La víctima, asustada por la situación y observando que el ladrón lleva un arma en su cintura, omite cualquier objeción y entrega rápidamente lo requerido. A los pocos días del hecho, gracias a una cámara de video oculta en el lugar, Juan es arrestado y acusado de cometer un robo agravado por el uso de un arma de fuego (art. 242.3 CP). Al ejercer su defensa, declara que, ante lo repentino de su decisión de robar en el lugar, jamás tuvo en cuenta que portaba su arma reglamentaria en su cintura.

Caso de la agresión al padre:

En el marco de una discusión con su padre, Julia se enfurece y lo golpea, produciéndole lesiones que demandan tratamiento médico. Al ser acusada por lesiones agravadas por el parentesco (arts. 147.1 y 23 CP), Julia declara que al golpear a su padre nunca tuvo en consideración tal circunstancia.

Caso de la casa habitada:

Durante una caminata por su barrio, Alberto pasa por una vivienda cuya ventana da a la calle, a través de la cual, a simple vista, se observa un ordenador portátil dejado encima de una mesa. La ventana se encuentra enrejada, por lo que no es posible ingresar de ese modo. Alberto, sin embargo, no se da por vencido y decide forzar la puerta de entrada con una barreta que lleva en su mochila. De este modo accede a la vivienda, toma el ordenador, pero al salir se encuentra con un patrullero esperándolo, debido a que los vecinos habían advertido su ilegítimo ingreso al lugar. En sede judicial se lo acusa de un robo agravado por cometerse en casa habitada (art. 241.1 CP). No obstante, en su defensa señala Alberto que, aunque hoy entiende que la casa estaba habitada, al momento del hecho tal dato jamás pasó por su mente.

Caso de la menor sexualmente agredida:

Mariano, de 22 años, conoce a su vecina Marta, de sólo 12 años, desde que la menor era muy pequeña. Su relación con los padres de la niña es excelente, de forma que, en ocasiones, le abonan una suma de dinero para que la cuide por algunas horas. En los últimos meses, Mariano ha sentido cierta atracción por Marta, lo cual le hace pensar que la próxima vez que esté bajo su resguardo podría aprovechar para satisfacer su deseo. Y así lo hace, abalanzándose sobre ella, besándola en la boca y tocándole los senos. La resistencia de la menor, no obstante, lo hace desistir de continuar con el acto. Mariano es acusado de agresión sexual contra una persona menor de 16 años (art. 181.1 CP), pero al escuchar el relato de los hechos declara que, contrariamente a lo que se le imputa, durante el acto nunca tuvo en mente la concreta edad de Marta o su minoría de 16 años.

Los casos propuestos, aunque puedan parecer simples de resolver, reflejan la estructura de lo que la doctrina citada, al demandar una consciencia actual, tiene especialmente en cuenta. El *caso de la menor* suele ser enunciado como el ejemplo más paradigmático. En la 6ª edición de su tratado decía WELZEL que no actúa con dolo quien ni siquiera piensa que la persona abusada podría tener menos de 14 años (cfr. el actual § 176.1.1 StGB)¹³. Esta frase, para evitar yerros interpretativos, debe sin embargo ser tomada en su contexto. WELZEL se opone a la suficiencia de una mera

¹³ WELZEL, AT, 6.ª ed., 1958, p. 60.

potencialidad, pero por potencialidad, como surge de lo ya explicado, no se refiere a una creencia potencial, es decir, a una creencia que el autor no posee, pero podría poseer¹⁴, sino a una representación potencial¹⁵. Dicho de otro modo: a una creencia que es parte del acervo de conocimientos, pero al momento del acto no llega a activarse en consciencia. A modo de ejemplo: cuando se cree que una persona tiene determinada edad, pero tal circunstancia no es pensada al establecer un contacto con ella. La idea general puede resumirse en las palabras de H. MAYER: no basta con que el agente, alguna vez en el pasado, hubiese sabido la edad de la niña abusada¹⁶.

Desde el punto de vista práctico, estas conclusiones pueden impactar. Difícilmente se acepte hoy que un autor obre sin dolo respecto de circunstancias situacionales tan básicas. La cuestión a dilucidar, no obstante, es qué es lo que nos lleva a tan simple e intuitiva conclusión. Pues por muy rechazable que resulte la solución propuesta por la línea de pensamiento analizada, lo que no puede objetarse es su entera coherencia: el aspecto cognitivo del dolo requiere una consciencia actual de los elementos del tipo, y quien no la posee, quien no pone su atención o no piensa en ellos, simplemente los *desconoce*; ergo, no actúa de forma dolosa.

Por supuesto, en esta aproximación preliminar no faltará quien piense que estos obstáculos no son más que aparentes, pues pueden ser superados al reconstruir procesalmente el hecho adjudicable al sujeto. Dicho de otra manera, al delimitar el estado mental atribuible a su persona al ejecutar el comportamiento antinormativo. Algo más se verá en las próximas páginas, pero, a decir verdad, esta apreciación depende de cuánto queramos forzar el estándar de verdad perseguido en el proceso probatorio. ¿Estamos realmente dispuestos a afirmar que el agresor sexual piensa en la edad de la menor durante el acto, que la hija se dice a sí misma que está golpeando (no a otro que) a su padre, que el ladrón piensa en el carácter habitado de la casa en la que roba o que el policía tiene en mente que comete el robo con un arma? Si decimos que sí, muy probablemente no lo hagamos invocando una correspondencia con la realidad, sino conscientes de incursionar en un camino que no deja de ser peligroso: admitiendo que el derecho, por razones prácticas, se encuentra habilitado a crear ficciones probatorias¹⁷.

Como advertirá el lector, los ejemplos planteados nos dejan ante dos vías de solución. La primera es la recientemente objetada: recurrir a ficciones, atribuyendo al sujeto (pese a que en lo cotidiano diríamos lo contrario) una consciencia actual de las circunstancias en trato. La segunda, en cambio, supone tomar el toro por las astas y revisar el presupuesto de la actualidad, a fin de que los casos problemáticos arrojen resultados más cercanos a nuestras intuiciones de justicia. Esta última vía, vale destacar, fue la escogida por la doctrina a mediados del siglo pasado y es la que hoy –y ya desde hace décadas– se encuentra plenamente consolidada. Los apartados que siguen reproducen las propuestas que contribuyeron a esta consolidación, así como algún antecedente que no deja de ser de interés.

¹⁴ Así, por ejemplo, confundiendo en su exposición ambos planos (el de no poseer una creencia que se puede tener y el de no activar en consciencia una creencia que se tiene), MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 11.ª ed., 2022, p. 248.

¹⁵ En general, la idea de una representación es usada en este sentido: como una creencia que se activa en consciencia (y que sería sólo potencial –y entonces ya no una representación– si no llega a activarse en consciencia). Al respecto, véase PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 80.

¹⁶ H. MAYER, *AT*, 1967, p. 117.

¹⁷ Y en este aspecto, la necesidad de resolver los casos claros no puede ser un argumento tranquilizador que nos lleve a posponer la teorización sobre los límites, hasta tanto la realidad nos vuelva a enfrentar a los casos difíciles.

3. La actualidad de la consciencia: algunas propuestas de solución

3.1. La co-consciencia en PLATZGUMMER

No ha sido otro que el problema delimitado el que, a mediados del siglo pasado, motivara a PLATZGUMMER a llevar adelante su investigación¹⁸. Una investigación a la que, sin importar si se comparten o no sus resultados, cabe asignar el mérito de haber sacado de la penumbra aquello apuntado por V. WICK y FRANK, y de intentar resolverlo introduciendo una perspectiva novedosa para la dogmática de su tiempo. Me refiero en concreto a la categoría de la *co-consciencia*.

La frase con la que PLATZGUMMER inaugura su estudio no es nada intrascendente para la dogmática del dolo: el «conocimiento» no sólo incluye la consciencia, sino también los recuerdos latentes, es decir, aquello de lo que sólo en potencia se es consciente. Dicho de otro modo, con tal expresión se designa todo lo que una vez fue consciente y podría volver a serlo, aunque en un preciso momento no lo sea¹⁹. La naturaleza psicológica de la discusión no debe asustar, pues el objetivo de PLATZGUMMER es simple: dilucidar *si* y *cómo* tal apreciación puede aprovecharse en la discusión sobre el dolo. Lo que este autor advirtió es que la exigencia de reflexión y atención, el pensar en ello (*Daran-Denken*) al que la doctrina de su época solía acudir, resultaba un estándar tan elevado que se volvía impracticable. Por un lado, demandar que el autor *piense* en las circunstancias típicas llevaría a descartar el dolo en un gran número de casos, lo cual político-criminalmente sería difícil de justificar. Los delincuentes más peligrosos –recuerda PLATZGUMMER– no acostumbran a reflexionar moralmente sobre sus actos. Por otro lado, incluso el pensamiento más fugaz suele faltar en los arrebatos emocionales y las reacciones instantáneas. Para el autor de un hecho delictivo, algunas de las circunstancias que la ley declara relevantes pueden tener tan poco peso psicológico que ni actuando tranquila y reflexivamente las tendría en cuenta, y menos aún si lo hace bajo la presión de una fuerte tensión impulsiva²⁰.

En todo caso, el dilema al que la doctrina tradicional conduce puede ser eludido mediante un análisis psicológico más detallado, es decir, distinguiendo *dos grupos* de circunstancias típicas imputables al querer del autor, pese a que al motivarse a la acción no las considere de forma explícita. Es en este marco que PLATZGUMMER introduce el concepto de co-consciencia, tomando como referencia los hallazgos de la psicología de la percepción y el *hecho de la co-consciencia* desarrollado por ROHRACHER²¹. Lo co-consciente, conforme señala, se caracteriza por la circunstancia de que, como tal, no es explícitamente consciente u objeto de la atención²². No obstante, se trata de un contenido de consciencia que, a pesar de no ser explícitamente atendido, junto con otro contenido de consciencia que sí lo es, resulta co-consciente y, de modo *implícitamente* necesario, también co-objeto de la atención. De esta manera, dice PLATZGUMMER, lo co-consciente puede ser también co-querido²³.

¹⁸ Sobre la propuesta de este autor, véase también, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 178 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, pp. 114 ss.; RINCK, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, 2000, p. 366.

¹⁹ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 3.

²⁰ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 35, 82.

²¹ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 83.

²² PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 92.

²³ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 83. Al iniciar la frase, Platzgummer no habla de contenido de consciencia sino de consciencia («se trata de una consciencia que...»). Aun así, el único sentido adjudicable a la frase es con referencia a tal contenido y no a la consciencia como forma de acercamiento al objeto. Ello es además compatible con oración final, donde sí alude a «lo co-consciente».

En lo que atañe al primer grupo de circunstancias imputables al querer, PLATZGUMMER destaca que los tipos penales suelen aludir a elementos que, además de un componente sensorialmente perceptible, también poseen un componente de significado. Ejemplos de ello serían la lesión corporal que se agrava al cometerse contra los padres biológicos o el hurto ejecutado en lugares destinados al culto religioso. En estos casos la consciencia de los elementos sensoriales no entra en cuestión porque el ser humano no puede sustraerse de las impresiones que recibe de su entorno bajo la forma de sensaciones. Sin embargo, sí cabe poner en duda que el significado de tales circunstancias sea explícitamente tenido en cuenta. Una persona que, tras una agitada discusión con su padre, pierde todo autocontrol y se vuelve violenta puede que no reflexione de forma expresa sobre el hecho de que la persona frente a él es su padre²⁴. En el mismo sentido, quien sabe con exactitud que el hijo del vecino del que sexualmente abusa sólo tiene trece años puede que al momento del hecho no repare en ello de forma explícita. No obstante, con respecto a estos significados y características suele afirmarse el dolo, y ello, dice PLATZGUMMER, con entera razón. Aunque el autor no considere estas circunstancias en particular, inevitablemente tendrá que co-considerarlas. Esto se desprende de la psicología de la percepción²⁵.

Conforme expone PLATZGUMMER, el ser humano no puede evitar clasificar las impresiones externas que llegan a sus órganos sensoriales. Es a partir de su conocimiento experiencial general que logra percepciones conducentes a la comprensión de los objetos del mundo exterior. Esta cualidad llega a tal punto que, en un adulto, las sensaciones desencadenadas por el estímulo externo apenas pueden ser experimentadas por separado. Así, todo aquello que por experiencias pasadas se sabe de un objeto, incluido su significado y el sentido que para el propio sujeto posee, es automáticamente “sentido” en él (léase: es incorporado a la representación final que se conforma a su respecto)²⁶. Tomando las palabras del psicólogo ROHRACHER, destaca entonces PLATZGUMMER²⁷ que es gracias a este fenómeno que logramos “ver” la dureza, el filo y la frialdad de la hoja de un cuchillo, pese a no haberla tocado. Mediante el proceso cognitivo de la representación, las sensaciones producidas por el estímulo son complementadas por la experiencia, haciendo posible que el complejo de sensaciones quede sintetizado en la “cosa” finalmente percibida. Lo esencial de este proceso es su carácter compulsivo: ya no puede percibirse aquello que el objeto –como mero conjunto de estímulos y sensaciones– en efecto es²⁸.

Este punto, dice PLATZGUMMER, no representa nada nuevo para la práctica jurídica. Sólo pone a la vista que los sujetos asumimos de forma sumaria las complejas circunstancias del hecho. En este sentido, rara vez se le pregunta a un ladrón si fue consciente del lugar en que cometió el robo²⁹. Y lo mismo sucede cuando el abusador sabe que la niña sólo tiene trece años. La percepción que tendrá de ella será en esta síntesis psicológica, que incluye tal saber, así como el conocimiento de su nombre, su origen, su aspecto, etc. Allí, ya no puede hablarse de un conocimiento potencial o inactual. Con ver a su víctima, el conocimiento de su edad se actualizará en consciencia de forma inmediata; será una parte inmanente a la percepción actual³⁰.

²⁴ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 83.

²⁵ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 84.

²⁶ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 84.

²⁷ Véase PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 84.

²⁸ ROHRACHER, *Einführung in die Psychologie*, 8.ª ed., 1963, p. 114.

²⁹ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 85 s.

³⁰ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 86 s.

A modo de resumen, en este primer grupo se trata de circunstancias referidas a significados, propiedades y relaciones de sentido que son inherentes a objetos sensorialmente perceptibles. En estos casos, la co-consciencia se fundamenta en que el conocimiento experiencial que el sujeto posee necesariamente se incorpora al acto de la percepción³¹.

El segundo grupo, en el que –dice PLATZGUMMER– la actualidad de la consciencia tampoco suele ponerse en duda, se compone de elementos del tipo que designan cualidades o deberes especiales más o menos permanentes del autor, o que apuntan a circunstancias generales del tiempo que tienen una significación vital para aquél. Todos ellos forman parte del acervo permanente de conocimientos de una persona, es decir, constituyen su saber concomitante permanente³².

De esta manera, recurriendo nuevamente a ROHRACHER, señala PLATZGUMMER³³ que nadie en su sano juicio duda de quién es, de su profesión o de cuestiones similares. Toda esta información está constantemente “co-presente” en la consciencia. No se la piensa, sino que es simplemente sabida en todo momento. Y si un sujeto es consultado al respecto, no necesita forzar la memoria para dar una respuesta, pues la información le está disponible al instante, a partir de su vivencia presente inmediata, es decir, sin una reflexión previa y sin los fenómenos característicos que ocurren al recordar algo. Con ello quedaría demostrada la existencia de estos contenidos que, por ser co-conscientes, no requieren ser recordados. En este último aspecto, la diferencia sería sutil pero relevante. Quien es consultado sobre sus actividades anteayer por la noche debe pensar largamente para dar una respuesta. Sin embargo, aquél al que se le pregunta quién es, dónde vive y a qué se dedica actualmente no necesita esforzarse para responder. Toda esta información le es co-consciente: sólo precisa formular con palabras aquello que, aun sin tal recurso, resulta consciente de forma concomitante. Lo co-consciente –dice ROHRACHER– es lo psíquico no sujeto a la atención, y no sujeto a la atención por estar siempre presente. Constituye el acervo de contenidos de la consciencia que resulta indispensable para la vida práctica cotidiana, así como para cualquier trabajo de carácter teórico³⁴.

Como advertirá el lector, el interés de PLATZGUMMER en estos desarrollos no podía ser más que obvio, pues la co-consciencia en ROHRACHER, además de los objetivos preconcebidos y actitudes que controlan el comportamiento de la persona, comprende también aquello que es de pleno interés para el dolo. Si los tipos delictivos suelen referirse a circunstancias de la vida que nos son familiares en todo momento, esta teoría viene al rescate hablándonos de un acervo de contenidos que siempre está presente en la consciencia, debido a su significado constante o relativamente constante para la personalidad y vida del sujeto. Es siguiendo esta línea que PLATZGUMMER no duda al sostener que el funcionario infiel, al sustraer el dinero del erario público, posiblemente no evoque en su mente su cualidad y especial deber de probidad. La cuestión, de todos modos, sería intrascendente, pues tales circunstancias las tendría presentes en todo momento. Al pensarse a sí mismo como quien aliviará sus necesidades recurriendo a la caja pública, de forma implícita integrará en el pensamiento las cualidades constituyentes de ese yo³⁵. Y lo mismo sucede con otras circunstancias que presentan un significado similar para la vivencia del autor, como las referencias a «en tiempo de guerra» o «en tiempo de paz» que realizan ciertos delitos

³¹ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 87.

³² PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 87.

³³ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 87 s.

³⁴ ROHRACHER, *Einführung in die Psychologie*, 8.^a ed., 1963, pp. 52 s.

³⁵ Véase PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 88 s., donde, entre ejemplos, destaca la relevancia de este aporte teórico para el segmento de circunstancias en trato.

militares. Un soldado no sólo es siempre consciente de su obligación de servicio y su condición, sino a su vez de estas circunstancias ligadas a la situación de su país. En tales casos también existe una especial proximidad a la consciencia, pues el autor cuenta con ello de forma constante, aunque no lo tematice de forma explícita³⁶. Por tanto, dice PLATZGUMMER, no se trata de un «conocimiento inactual», sino de un contenido vivencial implícitamente consciente. Lo que sí cabe exigir es la prueba de que tal conocimiento o saber en efecto se tiene³⁷.

A modo de resumen, para PLATZGUMMER ambos grupos de circunstancias se ven abarcados por una consciencia real, pues aluden a un contenido vivencial que el sujeto necesariamente concibe, sea como una cualidad de su yo o del objeto, o como una modalidad del tiempo y del espacio³⁸. Puede decirse que, al menos en lo terminológico, su posición ha sido ampliamente seguida por la doctrina. Sin embargo, como se verá más adelante, en esta adhesión su propuesta ha sido generalmente confundida con la que en cambio presentara SCHMIDHÄUSER.

3.2. Un claro antecedente en v. WICK

Un dato que por razones de justicia debe aquí anexarse es que, a decir verdad, el punto de interés de PLATZGUMMER ya había sido observado por v. WICK poco más de un siglo antes. Este autor presentó serios reparos a que una *representación clara*, tal como era requerida para el dolo en su momento, debiese entenderse como aquella de la que se ocupa el pensamiento al instante de realizarse un acto. Como bien destaca, toda persona tiene representaciones a las que no cabe negar su claridad, pese a que al actuar no piense en ellas. Por ejemplo, durante su labor, artistas y artesanos piensan menos en las reglas de su arte cuanto más a fondo las conocen³⁹.

Así pues, propone v. WICK distinguir entre elementos *permanentes* y *variables* de la consciencia, señalando que, si bien no es posible trazar un límite definitivo al respecto, su clasificación encuentra fundamento en la naturaleza de nuestra mente y resulta de utilidad para la teorización sobre el dolo. De los elementos *permanentes* –dice v. WICK– somos conscientes aun sin pensar en ellos. De este modo, no requieren ser traídos a la mente para que el comportamiento resulte doloso. En este sentido, el funcionario que comete un hecho contrario a su condición no puede excusarse alegando que al hacerlo no tenía en mente que estaba en funciones. Lo mismo sucede con el marido que comete adulterio y afirma no haber estado pensando en su condición de casado. En ambos casos se infringe el deber de forma dolosa, porque relaciones vitales tan esenciales forman parte de los elementos *permanentes* de la consciencia de toda persona mentalmente sana. Relaciones como tales no pueden desaparecer u oscurecerse, sin que también quede afectada la claridad de la consciencia, es decir, sin que la persona pase a hallarse en un estado de enajenación⁴⁰. Puede observarse que entre PLATZGUMMER y v. WICK no sólo media un interés coincidente. La propuesta de este último y las circunstancias a las que alude guardan una gran similitud con lo que PLATZGUMMER identifica como el segundo grupo de elementos, es decir, aquél compuesto por el acervo de saberes permanentes que durante el acto operan de modo co-consciente. Hasta donde alcanzo a ver, sin embargo, PLATZGUMMER no cita a v. WICK en su obra.

³⁶ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 90 s.

³⁷ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 90.

³⁸ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 91 s.

³⁹ v. WICK, «Beiträge zur richtigen Auffassung des Wesens des Vorsatzes», *Archiv des Criminalrechts*, (4), 1857, p. 611.

⁴⁰ v. WICK, *ACR*, (4), 1857, pp. 612 s.

Los elementos que v. WICK denomina *variables* también presentan cierta coincidencia con las circunstancias que PLATZGUMMER ubica en el primer grupo, o al menos la presentan en lo que atañe a su distinción de aquellas que remiten al propio sujeto. En este aspecto, no obstante, las posiciones se separan porque en tales elementos v. WICK no busca una forma de actualidad, como sí en cambio hace PLATZGUMMER aludiendo a una co-consciencia condicionada por la percepción. Para v. WICK, en tanto nuestro pensamiento no se encuentre ocupado en ellos, los elementos *variables* pueden considerarse ausentes de la consciencia. De este modo, para el dolo siempre se exigiría que sean tenidos en mente. Quien toma una pistola y dispara a alguien puede al menos excusarse diciendo que no recordaba haberla cargado el día anterior. En tal supuesto, señala v. WICK, deberá excluirse el dolo siempre que su declaración no sea contradicha por las circunstancias⁴¹. Cómo respondería PLATZGUMMER a este caso y, más concretamente, si a su entender la percepción del arma habría de condicionar en consciencia el recuerdo de haberla cargado, es algo que, por supuesto, no puede aquí dilucidarse.

3.3. El pensamiento lingüístico y el pensamiento intelectual-material en SCHMIDHÄUSER

Por oposición a PLATZGUMMER, SCHMIDHÄUSER no nos habla de co-consciencia⁴². A decir verdad, incluso se pronuncia en contra de tal expresión y de lo que su empleo supondría⁴³. Su interés se dirige a demostrar que hay procesos cognitivos que, pese a no ser reflexivos, resultan igualmente conscientes y con ello *actuales*. Por supuesto, que SCHMIDHÄUSER requiera para el dolo el conocimiento de la antijuridicidad⁴⁴ y oriente su investigación en tal sentido, no cambia un ápice la utilidad de su planteamiento. Como declara de forma expresa, sus conclusiones son metodológicamente aplicables al conocimiento de las circunstancias constitutivas del tipo⁴⁵.

A juicio de SCHMIDHÄUSER, el presupuesto de una consciencia *actual*, aunque es habitualmente requerido, no resulta tan claro en todos los supuestos en que se impone una pena por un delito doloso. A modo de ejemplo recurre al caso de quien, en el marco de una discusión, percibe como un insulto el comentario burlón del otro y responde de inmediato golpeándolo con una fuerte bofetada. Si el autor alega que actuó de forma tan espontánea que ni siquiera pensó que su comportamiento causara dolor y constituyera un maltrato, es decir, que antes de tener tiempo de pensarlo ya había abofeteado a la víctima, ningún tribunal hallará en ello un problema probatorio, disponiendo su absolución por el delito doloso. A lo sumo recurrirá a una pericia para determinar si al actuar su consciencia pudo verse afectada, y en caso de descartarlo no desarrollará una nueva teoría según la cual la consciencia actual no es necesaria para el dolo. Simplemente entenderá que aquél fue consciente de las circunstancias del hecho, en particular de la violencia y del carácter doloroso del golpe, siendo ello suficiente para la comisión dolosa⁴⁶. A este respecto, SCHMIDHÄUSER trae a colación lo apuntado por SCHÖNKE y SCHRÖDER en su

⁴¹ v. WICK, *ACR*, (4), 1857, pp. 612 s.

⁴² A todo evento, en su escrito inaugural sobre el tema sólo realiza una breve referencia a pie de página (*vid.* SCHMIDHÄUSER, «Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins», en GEERDS/NAUCKE (eds.), *FS H. Mayer*, 1966, p. 327 [n. 21]), donde admite asumir las conclusiones de la Psicología asociativa y de la percepción traídas a la discusión por Platzgummer, aunque aclarando la necesidad de tener en cuenta no sólo los procesos mentales, sino también los contenidos lingüístico-intelectuales co-implicado en ellos.

⁴³ SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/67. Sobre sus reflexiones al respecto, remito al lector al punto 4.1 del presente trabajo.

⁴⁴ SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/36.

⁴⁵ Al respecto, véase SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, p. 322.

⁴⁶ SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, pp. 322 s.

comentario al Código penal alemán⁴⁷: la exigencia de una consciencia actual no debe ser sobrecargada, pues para el dolo no se requiere reflexionar sobre las circunstancias típicas; basta con que, al ser reconocidas, puedan resultar eficaces para la formación de la voluntad⁴⁸.

En todo caso, como indica SCHMIDHÄUSER, una reproducción paso a paso del pensamiento del autor, aunque enteramente concebible como preludio a una acción, sólo resulta practicable si aquél mantuvo una conversación consigo mismo acerca del estímulo externo, su sentido y cómo reaccionar al respecto. Pero en el ejemplo de la bofetada no hubo siquiera tiempo para tal plática, ya que el autor experimentó el suceso y simplemente reaccionó con un golpe⁴⁹. La forma del pensamiento que en general se toma como presupuesto para la consciencia de un hecho resulta a menudo distorsionada por la discusión acerca de su contenido, al punto de surgir la falsa impresión de que la persona reflexiona sobre sus pensamientos. No obstante, a juicio de SCHMIDHÄUSER debe prestarse atención a la rapidez con la que nos representamos una situación y la velocidad con la que podemos reaccionar previendo incluso de forma correcta aquello esperado. En estos casos, la forma del pensamiento es totalmente diferente: no pensamos con los medios del lenguaje, sino directamente orientados hacia el objeto⁵⁰. En palabras del propio SCHMIDHÄUSER: «no siempre pensamos como se habla, sino que a menudo pensamos como sólo se puede pensar y no también hablar, es decir, directamente orientados a las cosas que hemos llegado a conocer a través del lenguaje y sus conceptos, y que hemos puesto a disposición de nuestro pensamiento, pero que ahora podemos tener presentes en consciencia incluso sin intermediación del lenguaje»⁵¹. Aprendemos las cosas del mundo real e imaginario a través del lenguaje, pero una vez que las llegamos a conocer, ya no necesitamos del lenguaje para dar significado a las cosas, a menos que queramos comunicar a otro aquello que hemos significado⁵². A juicio de SCHMIDHÄUSER, nuestra ciencia debe mantener esta diferencia que la Psicología del Lenguaje ensaya entre el pensamiento basado en el objeto (*Sachdenken*) y el pensamiento basado en el lenguaje (*Sprachdenken*)⁵³, pues sólo reconociendo el fenómeno que implica el primero se entiende que en supuestos de rápida comisión los tribunales suelen afirmar que el autor tenía consciencia del hecho pese a declarar no haber pensado en nada⁵⁴.

La descripción que este autor ensaya sobre ambos conceptos es bastante ilustrativa. Por *pensamiento basado en el objeto* ha de entenderse la relación de significado que, libre del lenguaje, establecemos con la cosa misma. Dicho de otra manera, aquella que tiene lugar en la experiencia directa con las cosas, a partir de una suerte de memoria gráfica que lleva el objeto, originariamente experimentado a través del lenguaje, al ámbito del pensamiento libre de este último. Este tipo de pensamiento, dice SCHMIDHÄUSER, es más rápido que el sustentado en el lenguaje. A veces parece no necesitar del tiempo, pues en un abrir y cerrar de ojos tanto se presenta como concluye, comprendiendo cosas concretas y enteras relaciones materiales. Es increíblemente exhaustivo y capaz de realizar de una sola vez lo que el pensamiento basado en el lenguaje sólo puede llevar a cabo en una secuencia sucesiva. Por ejemplo, en función de la

⁴⁷ SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 11.ª ed., 1963, § 59/14.

⁴⁸ SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, p. 323 (n. 15).

⁴⁹ SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, p. 324.

⁵⁰ SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/66.

⁵¹ SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, p. 325.

⁵² SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, p. 326; también EL MISMO, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/66: aquello que ya hemos comprendido podemos en gran medida pensarlo sin necesidad del lenguaje.

⁵³ SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, p. 325.

⁵⁴ SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/66.

riqueza de los conceptos que poseemos, al ingresar por primera vez a la sala de estar de otra persona, no sólo percibimos al instante una abundancia de hechos, sino también el espíritu de la familia que habita el lugar. Y basta con pensar en el tráfico rodado para entender que reaccionar con rapidez en situaciones sorprendentes sólo resulta posible a través de un pensamiento intelectual-material (*sachgedanklich*). De este modo, un tribunal tendrá razón al afirmar una conciencia actual y asumir el dolo en el *caso de la bofetada*, pues la conciencia intelectual-material de las circunstancias del hecho es también una conciencia *actual*⁵⁵. En todo caso, el juzgador deberá estar convencido de que por tal vía el autor ha comprendido la situación presente, su acción futura y los efectos esperados de ella en sus rasgos esenciales⁵⁶. Por oposición a lo anterior, el *pensamiento basado en el lenguaje* es aquél que tiene lugar cuando el sujeto pensante habla, sea consigo mismo o con un tercero. En este sentido, hablar con sí mismo en silencio también es pensamiento basado en el lenguaje. Para pensar, sólo precisamos del lenguaje cuando no contamos con la cosa en términos del pensamiento basado en el objeto⁵⁷.

Como destaca SCHMIDHÄUSER, la especial dificultad en los procesos penales radica en que cualquier discusión sobre los pensamientos del autor sólo puede practicarse a través del lenguaje. Ello lleva a que, teniendo que ser transmitida bajo la forma del pensamiento intelectual-lingüístico (*sprachgedanklich*), la esencia del pensamiento intelectual-material quede inmediatamente falseada⁵⁸. Aun así, dice SCHMIDHÄUSER, el esfuerzo no es en vano. El fruto de reconocer la existencia de un pensamiento de este tipo ha de hallarse en que con ello se registran de forma correcta los fenómenos reales de la conciencia y se posibilita una sanción justa⁵⁹.

Resumiendo esta propuesta, para el dolo la conciencia del hecho no debe ser necesariamente intelectual-lingüística, es decir, ubicarse a nivel del pensamiento hablado, suponiendo una reflexión punto por punto sobre la situación y las implicaciones del comportamiento. Basta con una conciencia intelectual-material, que capte en un instante la situación de hecho, la posibilidad de la acción y sus efectos previsibles⁶⁰. Siguiendo tal línea, el autor puede representarse el hecho de forma fugaz, sin que ello deje de ser característico de una conciencia *actual* y, por tanto, compatible con el presupuesto cognitivo del dolo⁶¹.

3.4. Nada distinto a SCHMIDHÄUSER: el *pensamiento gráfico* en FRISCH y JAKOBS

No es necesario detenerse aquí demasiado, sobre todo por las similitudes ya enunciadas en el título de este apartado. No obstante, la propuesta de FRISCH merece ser destacada por el aporte adicional que realiza al analizar la cuestión desde una perspectiva funcional. En lo material, la línea que esboza es similar a la de SCHMIDHÄUSER. Conforme señala, sólo a una parte de nuestro comportamiento subyacen representaciones revestidas por el lenguaje. La porción restante supone una comprensión en conciencia en la que los hechos se registran como una impresión, es decir, como una *mera imagen*. De lo que esta última comprensión carece es de una categorización en el entramado del lenguaje. Sin embargo, dice FRISCH, tal circunstancia no

⁵⁵ SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, pp. 326 s.

⁵⁶ SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, p. 327; EL MISMO, *Einführung in das Strafrecht*, 2.ª ed., 1984, p. 201.

⁵⁷ SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, p. 326.

⁵⁸ SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/66; a su vez en EL MISMO, *FS H. Mayer*, 1966, pp. 324 s., 327.

⁵⁹ SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/67 (n. 32).

⁶⁰ SCHMIDHÄUSER, *Einführung in das Strafrecht*, 2.ª ed., 1984, p. 201; EL MISMO, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/65; EL MISMO, *FS H. Mayer*, 1966, pp. 327, 331.

⁶¹ SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/65.

implica que deje de presentarse un advertir (*Bemerken*) lingüísticamente no estructurado o gráfico (*bildhaft*), o, en lo que respecta a sucesos futuros, una representación gráfica, es decir, aquello que a diferencia de la representación precisada por el lenguaje suele ser identificado con un pensamiento basado en el objeto. Esta comprensión o representación gráfica, este mero advertir lo que luego puede ser lingüísticamente formulado, desde un prisma funcional es suficiente para el dolo, pues por regla nos sitúa en un estado de *capacidad de evitación* comparable al que ostenta quien tiene una representación mediada por el lenguaje⁶².

También para JAKOBS una consciencia actual puede presentarse en términos gráficos. El punto no supondría un problema mayor, ya que el elemento cognitivo del dolo no requiere una consciencia –conforme indica– conceptual, es decir, aquella que SCHMIDHÄUSER caracteriza como sustentada en el lenguaje⁶³. No obstante, a diferencia de lo que sucede con FRISCH, la exposición de JAKOBS deja ciertas dudas sobre si asume o no una real separación entre las tesis de PLATZGUMMER y SCHMIDHÄUSER, y ello se debe a que las explica como orientadas a un mismo objetivo y culmina afirmando que la solución al problema sólo puede hallarse recurriendo al denominador común que estas propuestas presentan⁶⁴. Sea como fuere, toda posible identidad debe ser de plano rechazada. A desentrañar las diferencias se destinará el punto que sigue.

4. La denominada *co-consciencia* y su ambiguo empleo en la habitual discusión doctrinal

4.1. ¿*Co-consciencia* intelectual-material? Un yerro común que debe ser disipado

Como queda claro de la exposición anterior, ni PLATZGUMMER ni SCHMIDHÄUSER han ahorrado esfuerzos al abordar el problema de la actualidad de la consciencia. Ambos han procurado dar cuenta de que para la afirmación del dolo no se requiere de un pensar reflexivo en cada una de las circunstancias típicas. No obstante, si en la discusión dogmática una expresión ha logrado imponerse, difícilmente quepa negar que ella ha sido la de la *co-consciencia* introducida por PLATZGUMMER. Podrá o no concordarse con su capacidad de rendimiento, es decir, con si resulta el vocablo más adecuado para captar la totalidad de lo desarrollado en los anteriores puntos, pero en todo caso una cuestión surge evidente: cuando en el debate doctrinal se la emplea, ello ocurre bajo la idea de que las propuestas de ambos autores presentan un núcleo temático común; de otro modo, mal podría quedar resumido en un mismo rótulo.

Ahora bien, ¿es esto correcto? ¿Corresponde asumir tal identidad? Dejando de lado la intuición derivada del uso de una misma palabra, corresponde destacar que si hay algo que sobresale en las exposiciones generales sobre el tema es el casi nulo abordaje de las relaciones y posibles diferencias entre lo que PLATZGUMMER denomina *co-consciencia* y el tratamiento que SCHMIDHÄUSER brinda a la consciencia intelectual-material o gráfica. No es mi intención profundizar sobre aspectos propios de la Psicología. No obstante, sí me propongo delimitar el uso que en el ámbito dogmático debería darse a ciertas expresiones, a fin de ordenar la discusión y evitar malentendidos. Sólo de este modo podrá salir a la luz cierta falacia con la que convive la dogmática al hablar de *actualidad* en materia de dolo.

⁶² FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 176 s.

⁶³ JAKOBS, *AT*, 2.ª ed., 1991, 8/12 s.

⁶⁴ JAKOBS, *AT*, 2.ª ed., 1991, 8/11 s.

Quien sí ha procurado comparar el pensamiento de PLATZGUMMER y SCHMIDHÄUSER ha sido sin dudas RUDOLPHI. Según este autor, ambas propuestas han de entenderse coincidentes, pues el concepto de *consciencia intelectual-material* no describe una *forma* especial de consciencia distinta de la *co-consciencia*, sino propiamente su contenido mental, es decir, el *contenido* intelectual-material de la *co-consciencia*⁶⁵. Correcta o no, esta premisa parece haber sido lo suficientemente convincente como para guiar la mayoría de las exposiciones sobre el tema, donde se verifican dos características particulares. Por un lado, el empleo genérico de la expresión *co-consciencia*. Por el otro, el entrelazamiento de la terminología de ambas propuestas al intentar brindar mayores precisiones al respecto. Esto último ocurre, por ejemplo, mediante el uso alternativo o sinónimo de los vocablos *consciencia* (o *conocimiento*) *concomitante* y *consciencia intelectual-material*. Y también cuando, además de lo anterior, ambos términos suelen combinarse en lo que culmina rotulándose como una *co-consciencia intelectual-material*⁶⁶. El propio SCHMIDHÄUSER ha lamentado que tal expresión se haya tornado habitual en la literatura penal. A su entender, con ella se anudan cuestiones disímiles, de una manera tal que no se hace justicia a lo que realmente se quiere expresar⁶⁷.

Además de este uso alternativo o combinado de la terminología, hay una tercera forma en que se refleja la asumida identidad material entre ambas propuestas: el empleo de la denominación escogida por uno de los autores y la explicación propuesta por el otro. En nuestras latitudes, especialmente representativo de esta práctica resulta un precedente de los años 80, en el que el TS procura señalar que una consciencia intelectual-lingüística no es necesaria a los fines del dolo. Condenado el autor por la portación de un arma de fuego con numeración suprimida, la defensa había alegado que aquél, a pesar de ser consciente de portar el arma, desconocía tal característica en la misma. Al rechazar este argumento, el TS manifestó que para el dolo no se requiere un conocimiento reflexivo. Basta con aquél que la doctrina caracteriza como una «consciencia acompañante o co-consciencia», la cual ya es eficaz para conformar la voluntad si resulta concomitante a la imagen que el autor tiene del hecho. Así pues, la conclusión del TS es la siguiente: quien tuvo en su poder y manipuló un arma, seguramente haya sido consciente de portar un arma carente de numeración, aun cuando durante el transcurso de tal tenencia no fijase su atención de forma reflexiva y constante sobre aquella circunstancia⁶⁸. Resulta evidente que el TS, siguiendo la exposición de SCHMIDHÄUSER, resuelve el caso admitiendo que para el dolo es suficiente una consciencia intelectual-material referida al objeto. No obstante, no menos obvio es que, a fin de caracterizar tal tipo de consciencia, en la sentencia se emplea la terminología introducida por PLATZGUMMER. Más propiamente, aquella que este autor utiliza para aludir al segundo grupo de circunstancias típicas imputables a la voluntad: las que remiten al saber concomitante permanente. En la obra de BACIGALUPO, ponente de la sentencia comentada, puede advertirse el mismo intercambio entre una posición y otra. Luego de relatar una situación

⁶⁵ Véase, RUDOLPHI, *Unrechtsbewußtsein*, 1969, p. 155; también EL MISMO, *SK-StGB*, t. I, 5.ª ed., 1989, § 16, nm. 24. En virtud de la comparación que realizan de ambos autores o bien de su cita conjunta, también parecen asumir tal premisa ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5.ª ed., 2020, 12/123 s.; KÖHLER, M., *AT*, 1997, p. 166; EL MISMO, «Vorsatzbegriff und Bewußtseinsform des Vorsatzes», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1981, pp. 289 s.; DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, 1994, pp. 60-62; VOGEL/BÜLTE, *LK-StGB*, t. I, 13.ª ed., 2020, § 15, nm. 138 s.

⁶⁶ Característicos del primer yerro, WELZEL, *AT*, 11.ª ed., 1969, p. 65; KÜHL, *AT*, 8.ª ed., 2017, 5/98 ss. Incurriendo sin embargo en ambos, RUDOLPHI/STEIN, *SK-StGB*, t. I, 8.ª ed., 2012, § 16, nm. 24; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 53.ª ed., 2023, nm. 357; VOGEL/BÜLTE, *LK-StGB*, t. I, 13.ª ed., 2020, Vor. §§ 15 ff., nm. 58; § 15, nm. 138; RENGIER, *AT*, 14.ª ed., 2022, 14/51; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, *Sch/Schr StGB*, 30.ª ed., 2019, § 15, nm. 51, 52; JOECKS/KULHANEK, *MüKo-StGB*, t. I, 4.ª ed., 2020, § 16, nm. 78. También se habla de una *co-consciencia intelectual-material* en BGH 3 StR 162/13, de 22/11/2013, nm. 8; BGH 4 StR 362/15, de 14/07/2016, nm. 27.

⁶⁷ SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/66.

⁶⁸ STS, Penal, de 30 de enero 1989 (ECLI:ES:TS:1989:482), FD 1.

estructuralmente similar vinculada al concepto de «casa habitada», destaca que para tal forma de conocimiento se ha impuesto el nombre de *co-consciencia* o *consciencia acompañante*, cuyo desarrollo se debe a PLATZGUMMER⁶⁹. Sin embargo, parece claro que lo relevante es si media o no una consciencia (al menos) intelectual-material con respecto al carácter habitado de la casa.

Naturalmente, en estos supuestos la situación no habría de ser problemática si los planteamientos de PLATZGUMMER y SCHMIDHÄUSER, pese a acudir a expresiones disímiles, resultasen en lo material coincidentes. El problema, justamente, radica en que no lo son. El párrafo anterior puede haber dejado al lector con ciertas dudas, pues, si el ojo es puesto en la *co-consciencia concomitante permanente*, resulta evidente que PLATZGUMMER procuró restringir esta categoría al conocimiento de circunstancias típicas vinculadas al propio sujeto o que directamente afectan a su persona. Dicho de otro modo, difícilmente pueda aludirse con ella al conocimiento del estado del arma o del carácter habitado de la casa, para lo cual, en cambio, la propuesta de SCHMIDHÄUSER sí presenta plena operatividad. Que tampoco la categoría de la *co-consciencia condicionada por la percepción* resulta en este ámbito de utilidad es algo que podrá verificarse a la brevedad. Por ello, no puede extrañar que, contrariamente a la interpretación dominante, cierto sector de la doctrina haya calificado la identificación como incorrecta, señalando que sendos planteamientos se orientan a objetivos diferentes⁷⁰. No cabe más que validar tal apreciación.

4.2. El origen del malentendido: la forma de acceso al objeto a ser conocido y la ubicación en consciencia de aquello ya sabido

El punto aparece ya implícito en la exposición del pensamiento de PLATZGUMMER y SCHMIDHÄUSER, pero para eludir cualquier duda tal vez sea mejor dedicarle un apartado especial. Lo que resulta de interés destacar es lo siguiente: *aquello que la doctrina tiende a reunir bajo la idea de una co-consciencia, a decir verdad, concentra dos cuestiones de la cognición estructuralmente distintas, las que, en aras a una mejor comprensión de la actualidad requerida para el dolo, deben ser por fin sacadas a la luz*. Para decirlo de forma simple, mientras que SCHMIDHÄUSER ha buscado aclarar la forma en que accedemos a un objeto disponible a la cognición cuando realizamos una acción típica, PLATZGUMMER ha dirigido su atención a la ubicación en consciencia de un objeto ya conocido al momento de tal realización. Y aunque siguiendo la terminología al uso pudiese hablarse de acceso “co-consciente” al objeto y ubicación del objeto en la “co-consciencia”, tal empleo de palabras no cambiaría el hecho de que se trata de dos cosas distintas. *La primera apunta a cómo es que cognitivamente se procesa un dato al conocerlo, mientras que la segunda pretende aclarar a qué nivel de la consciencia se ubica un dato ya sabido (léase: en alguna oportunidad procesado por vez primera⁷¹) cuando nos disponemos a actuar*. No en vano PLATZGUMMER, incluso en la categoría ligada a la *co-consciencia condicionada por la percepción*⁷², emplea ejemplos en los que el autor efectivamente sabe la edad de la víctima o que aquél al que agrede es su padre, aunque al momento del hecho no reflexione sobre ello. En ambas categorías con las que trabaja, no se trata de un nuevo conocimiento adquirido al realizar un acto, sino de un dato previamente conocido que, al momento de la acción, es de algún modo traído a la consciencia.

⁶⁹ BACIGALUPO, PG, 2.ª ed., 1999, pp. 322 s.

⁷⁰ Rechazando tal coincidencia, FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, pp. 118 s. (véase además el tratamiento diferenciado que realiza en pp. 110 ss.); también, SILVA SÁNCHEZ, «Sobre los movimientos “impulsivos” y el concepto jurídico-penal de acción», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (44-1), 1991, p. 20.

⁷¹ En este sentido, SCHÜTZ, *Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt*, 1932, p. 82.

⁷² Es decir, también en la categoría no vinculada a circunstancias que el sujeto carga consigo por ser inherentes o afectar a su persona, como ocurre en lo que Platzgummer caracteriza como el *saber concomitante permanente*.

Aun así, sería posible caer en la tentación de querer hallar un vínculo entre esta primera categoría de PLATZGUMMER y la consciencia intelectivo-material propuesta por SCHMIDHÄUSER. Si ello ocurre, y así parece verificarse en la posición dominante, cabe conceder que en parte se debe a ciertas reflexiones que ambos autores, de forma poco consecuente, esbozan al exponer cada uno su propuesta. Veamos dónde se verifican estas inconsistencias.

Por ejemplo, puede generar malentendidos que PLATZGUMMER incluya en la *co-consciencia condicionada por la percepción* tanto los casos ya señalados como el del hurto en un lugar especialmente protegido⁷³. Ya a primera vista parece claro que entre tales casos y este último media una diferencia estructural. En los primeros se deja asentado (y de forma expresa) que el sujeto conoce la edad de la niña abusada⁷⁴ o sabe que aquél al que ataca es su padre⁷⁵. La situación es disímil en el último ejemplo, donde la diferencia estructural sólo puede ser salvada asumiendo una circunstancia no aclarada en la exposición del caso: que el sujeto *sabe*, debido a una experiencia anterior, que *ese concreto lugar* presenta las características requeridas. Bajo tal hipótesis, el planteamiento de PLATZGUMMER resulta perfectamente coherente, quedando además clara su diferencia con respecto al de SCHMIDHÄUSER. Sin embargo, si se prescinde de esta asunción aclaratoria, el ejemplo bien puede entenderse como que el sujeto, a pesar de contar con el *concepto* del lugar en el que realiza el hurto, nunca lo ha aplicado a esa específica locación, de modo que, a diferencia de los supuestos anteriores, no ejecuta su acto *ya sabiendo* que el lugar presenta tales características. Si la intención de PLATZGUMMER fue orientar el caso en este sentido, su empleo da plena razón a la existencia de malentendidos, pues claramente excede el marco teórico al que pretende ceñirse su propuesta. En realidad, se trataría de un problema de acceso al objeto (a conocer) y no de cómo juega en consciencia un objeto ya sabido.

En este punto cabe introducir una diferencia que puede ser útil para culminar de precisar los planteamientos de ambos autores. Una cosa es el saber conceptual, como por ejemplo el saber qué es una «casa habitada», el cual es un medio que permite adquirir nuevos conocimientos prácticos, y otra distinta es el saber práctico, es decir, el saber que «esa casa es una casa habitada». En términos cognitivos, la diferencia radica entre el hecho de contar con el concepto de algo y el de haber aplicado tal concepto a un caso concreto. A pesar de la incógnita que suscita el ejemplo previamente señalado, sólo a un saber de carácter práctico se refiere PLATZGUMMER. No debe olvidarse que comienza su investigación destacando que la expresión conocimiento no sólo incluye lo consciente, sino también todo aquello que *una vez lo fue y podría volver a serlo*, aunque en el momento no lo sea⁷⁶. En este sentido, sólo le interesa cómo juegan estos saberes en relación con el requisito de actualidad de la consciencia.

Finalmente, la explicación que brinda PLATZGUMMER sobre el modo en que una percepción condiciona la actualidad de un saber tampoco debe llevar a pensar que su propuesta es similar a la de SCHMIDHÄUSER. PLATZGUMMER no está interesado en cómo mediante un saber conceptual llegamos a conocer una realidad nueva, es decir, en cómo un saber de esta índole nos permite adquirir un saber práctico, sino en cómo *lo sabido* a nivel práctico se refleja en nuestra consciencia al realizar un acto cognoscitivo dirigido a otro objeto. Su tesis es que la percepción

⁷³ Al respecto, PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 83 s.

⁷⁴ Véase PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 5, 86, esp. 87, donde indica que una co-consciencia como tal sólo entra en consideración cuando el autor ya previamente sabe que la niña aún no tiene catorce años o que aún no es lo suficientemente madura en el plano sexual.

⁷⁵ Así expresamente, PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 35.

⁷⁶ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 3.

de este objeto condiciona la actualidad en consciencia de aquello *ya sabido*. La propuesta de SCHMIDHÄUSER, en cambio, se orienta al acto cognoscitivo mismo: a *cómo* llegamos a conocer *algo a ser conocido*. En este ámbito también se requiere de un saber, pero sólo de un saber conceptual. De otro modo, las percepciones, en tanto actos cognoscitivos, permanecerían como impresiones sensoriales carentes de todo sentido. El mismo SCHMIDHÄUSER reconoce que un conocimiento orientado al objeto sólo puede tener lugar a través de conceptos previamente asimilados⁷⁷.

Aclarados tales puntos, tampoco cabe decir que las precisiones que brinda SCHMIDHÄUSER permitan disipar cualquier malentendido. Si bien señala que con la expresión *co-consciencia intelectual-material* se combinan cuestiones disímiles⁷⁸, lo que luego expone parece contribuir a la confusión. Desde su punto de vista, la co-consciencia o consciencia periférica (*Bewusstsein am Rande*) sólo presenta una función como concepto si pretende caracterizar un «ser consciente de pasada», un «apenas realmente percibir», es decir, una consciencia casi subliminal. A modo de ejemplo, uno puede en el límite de su consciencia advertir que el reloj de la iglesia está sonando o que se está celebrando un funeral en las cercanías. Sin embargo, como agrega SCHMIDHÄUSER, esta terminología también suele ser utilizada para aludir al reconocimiento de relaciones con un otro. El carácter de padre, madre o abuelo, en este sentido, sería por el sujeto co-pensado al interactuar con ellos. Qué tendrían en común ambas situaciones es algo que SCHMIDHÄUSER responde de la siguiente manera: las representaciones del autor podrán ser plenamente conscientes, pero posiblemente lo sean sólo en términos intelectual-materiales. La conclusión a la que finalmente arriba, así, ya no puede extrañar: en la medida en que la consciencia periférica no significa otra cosa que una consciencia intelectual-material, ella resulta *per se* suficiente para el dolo⁷⁹. Dicho lisa y llanamente: lo que en la doctrina es confusión, en SCHMIDHÄUSER, con esta innecesaria aclaración, culmina simplemente replicándose. Si se sigue su indicación, tampoco parece distinguirse entre la forma de acceso al objeto (a conocer) y la ubicación del objeto (conocido) a nivel de consciencia. Todo resulta derivado a la primera categoría, la cual absorbe el cúmulo total de los casos problemáticos (incluso el del padre agredido, pues tal vínculo sería captado por el agresor de forma intelectual-material). A mi entender, esto sólo puede entenderse como una desafortunada explicación, que no debería ser considerada al delimitar su propuesta.

A quien sí cabe conceder haber visto el trasfondo material de ambos planteos es a FRISCH, pues al abordar la temática de la actualidad de la consciencia rápidamente se apresta a destacar que la *doctrina de la co-consciencia* suele ser erróneamente confundida con el pensamiento basado en el objeto, es decir, en la jerga empleada por este autor, con la comprensión gráfica del suceso⁸⁰. A su entender, la primera –y más allá de su posición personal sobre ella⁸¹– sólo entraría en juego con respecto a aquellas circunstancias que el autor ni siquiera de forma gráfica (*bildhaft*) pensó, advirtió o se representó, pero que estaban tan a su alcance que en todo momento y sin mayor esfuerzo podría haberlas hecho objeto de sus representaciones o reflexiones⁸². En este sentido, entre ambos pares –dice FRISCH– existirían diferencias considerables. Por un lado, cuando se distingue entre un pensamiento basado en el objeto y otro sustentado en el lenguaje, simplemente se alude a la forma en que el sujeto halla acceso a determinados objetos, es decir, al modo en que debe habérselos representado. En cambio, con la co-consciencia se procura

⁷⁷ SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, p. 325.

⁷⁸ SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/66.

⁷⁹ SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/67.

⁸⁰ FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 178.

⁸¹ FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 179 ss.

⁸² FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 178.

demostrar ciertas relaciones que presenta el sujeto con determinados objetos como contenido de consciencia o de la representación. A modo de ejemplo, la que ostenta con los objetos que (de modo intelectual-lingüístico o intelectual-material) le están disponibles en todo momento, además de la que sostiene con aquellos otros que se le presentan ante sus ojos de un modo claro, también en términos lingüísticos o gráficos⁸³.

En conclusión, detrás de lo que la doctrina trata bajo el rótulo genérico de la *co-consciencia* (o expresiones derivadas) se encuentran dos problemas de índole disímil: el que atañe a la *forma de acceso al objeto a conocer durante el acto* y el que se refiere a la *ubicación en consciencia del objeto ya conocido al momento de actuar*. Una nítida distinción entre ambas esferas, conforme aquí se propone, presenta un interés no sólo teórico. *A priori*, como advertirá el lector, permite clasificar los casos presentados al inicio, pues ahora sí, con el instrumental aportado, parece claro que estructuralmente no es lo mismo no pensar en algo que se sabe (i. e., que a quien se golpea es el propio padre), que en cambio no focalizar la atención en algo que, de todos modos, es captado por nuestra capacidad de cognición (por ejemplo, el carácter habitado de la casa a la que se ingresa). Pero no sólo eso, pues la distinción sugerida también contribuye a abordar el tema de la actualidad de la consciencia, sacando a la luz lo falaz de ciertas afirmaciones que la doctrina realiza. Todo ello se verá en los distintos puntos que componen el apartado siguiente.

5. Toma de posición: ubicación (al menos actualizable) del objeto sabido en consciencia y acceso (al menos gráfico) al objeto a conocer

5.1. Introducción

Llegados a este punto, es necesario poner algo de orden en el asunto y despejar la falacia de que para el dolo todo contenido normativamente relevante debe reflejarse en consciencia en un sentido *actual*. Por supuesto, no puede llamar la atención que a partir de los desarrollos de SCHMIDHÄUSER y PLATZGUMMER la doctrina haya procurado introducir ciertas matizaciones a esta premisa inicial. Lo llamativo, no obstante, es que aún siga manteniéndose incólume la afirmación de que el dolo requiere una consciencia actual. Como se verá, en un caso, tal premisa sigue siendo aplicable; en el otro, en cambio, no es más que una mera ilusión. Lo que sigue se ensaya con base en la distinción usualmente obviada al hablarse de co-consciencia, es decir, partiendo de la diferencia existente entre la *forma de acceso al objeto disponible para la cognición* (5.2.) y la *ulterior ubicación del objeto ya conocido a nivel de la consciencia* (5.3.).

5.2. El problema de la forma de acceso al objeto disponible para la cognición

a. Algunas reflexiones con ayuda de la Psicología

Es algo difícilmente objetable que muchas de las actividades que desarrollamos en la vida cotidiana –y seguramente la mayoría de ellas– las realizamos a un nivel consciente, aunque nuestra mente no esté pensando en ello. Ejemplos al respecto sobran: caminamos, hacemos deporte, manejamos automóviles, respondemos preguntas, interactuamos de forma verbal con terceros, y todo ello de forma consciente, a pesar de no necesariamente reflexiva. Incluso muchas veces escribimos o leemos sin dirigir nuestra atención a tal actividad. Para llevar a cabo tales acciones no necesitamos primero procesarlas a nivel del lenguaje. A fin de lograr caminar nadie

⁸³ FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 178 (n. 65).

precisa decirse a sí mismo «ahora doy un paso hacia adelante», «ahora doy otro», y así sucesivamente. La vida misma quedaría paralizada si todo lo que hacemos lo procesáramos a un nivel reflexivo, pues la utilización del lenguaje ralentiza el pensamiento⁸⁴ y, con ello, nuestra propia capacidad de interacción. Calificar estas actividades –entre las que se incluyen los procesos automatizados pero no sólo ellos– como inconscientes o no conscientes ya debido a la ausencia de una explícita atención⁸⁵, sólo puede ser el producto de un error de base. Un error, por cierto, fácilmente identificable: el de confundir *consciencia* con *pensar en ello*, entendiéndose por lo último el hecho de prestar atención a lo que se hace⁸⁶. Probablemente, detrás de quien entienda así las cosas, no haya más que un problema terminológico, pues difícilmente pretenda alegarse que estas actividades se encuentren guiadas por el *inconsciente*, en tanto estado opuesto a la *consciencia*. Los procesos automatizados, debe quedar claro, se desarrollan a un nivel consciente⁸⁷ y no encuentro razones para pensar que sea diferente en las restantes actividades enunciadas, pese a que tampoco en ellas nuestra atención esté puesta en su realización.

En el ámbito de la Psicología, esto lo explica perfectamente SCHOOLER, de quien tomaré unas breves referencias. Conforme indica, la distinción entre actos conscientes y no conscientes a partir de la capacidad de comunicación verbal debe presuponer que las personas están expresamente al tanto de sus experiencias conscientes. No obstante, este postulado queda de inmediato falseado cuando se advierte que la experiencia subjetiva puede por momentos disociarse de la explícita atención. Pues, aunque parece que en general estamos al tanto del contenido de nuestra experiencia, varias situaciones demuestran que no es lo mismo *tener una experiencia* que *saber que se está teniendo esa experiencia*. SCHOOLER distingue así entre procesos mentales no conscientes (o no experimentados), conscientes (o experimentados) y meta-conscientes (o re-representados). En este último caso se trata de una consciencia explícita pero intermitente de los contenidos de la consciencia. En otras palabras, se trata de una re-representación en la que uno interpreta, describe o de otro modo caracteriza el estado de su mente, es decir, de una consciencia vuelta sobre sí misma. La disociación temporal entre consciencia y meta-consciencia ocurre cuando un individuo, que antes carecía de meta-consciencia sobre los contenidos de la consciencia, dirige ahora la meta-consciencia hacia tales contenidos, es decir, cuando la meta-consciencia se orienta hacia una experiencia que previamente ha ocurrido en ausencia de una explícita atención. Por ejemplo, cuando al leer uno

⁸⁴ Así lo destaca FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, p. 112.

⁸⁵ Paradigmático, STRATENWERTH, «Unbewußte Finalität?», en STRATENWERTH *et al.* (eds.), *FS Welzel*, 1974, pp. 289 s., quien caracteriza al acto de pisar el freno de un automóvil, en tanto proceso automatizado, como un caso ilustrativo de una finalidad inconsciente. También LENCKNER/EISELE, *Sch/Schr StGB*, 27.ª ed., 2006, Vor. §§ 13 ff., nm. 41-42, señalando que muchas de las acciones cotidianas, incluidas las automatizadas, tienen lugar de manera que los procesos de dirección permanecen por debajo del umbral de la consciencia; ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5.ª ed., 2020, 8/24, 68, alegando que en la mayoría de los actos automatizados se carece de una reflexión o dirección conscientes; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª ed., 1996, p. 221, aceptando en los automatismos un control final no consciente que en cualquier momento puede ser llevado a la consciencia.

⁸⁶ Esta crítica también es aplicable a SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, 1967, pp. 115 s., 126, pues identifica *consciencia* con atención, con reflexividad, reduciendo el mínimo de la *actualidad* o el *pensar en ello* a un nivel no consciente, es decir, a lo que denomina *no consciencia aperceptiva*. Que SCHEWE escinda la *atención* del *pensar en ello* es aquí intrascendente; a los fines de la crítica, lo relevante es que califica de consciente (sólo) aquello que se realiza poniendo la atención en ello.

⁸⁷ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, «La función negativa del concepto de acción», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (39-3), 1986, pp. 913, 925; EL MISMO, *ADPCP*, (44-1), 1991, p. 11; LUZÓN PEÑA, *PG*, 4.ª ed., 2025, 11/20. También en lo material, más allá de la terminología empleada, GIMBERNAT ORDEIG, «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (40-3), 1987, pp. 586 s. y n. 15. En la Psicología así lo destaca SCHOOLER, «Re-representing consciousness», *Trends in Cognitive Sciences*, (6-8), 2002, p. 341, calificando los procesos automatizados como conscientes, mas no meta-conscientes. Sobre esto último, véase lo que sigue.

se da cuenta de que su mente ha estado divagando o cuando advierte que ha estado escribiendo con éxito durante un largo tiempo. Aunque el contenido de estos episodios es experimentado, la atención explícita con respecto a tales hechos resulta temporalmente ausente. En todo caso, conforme señala SCHOOLER, la verificación de que las experiencias en ausencia de su reconocimiento explícito existen da cuenta suficiente de la importancia de distinguir la consciencia de lo que en cambio es la explícita atención con respecto a sus contenidos⁸⁸.

A poco que se lo mira, el modelo coincide con el tratamiento que la dogmática brinda a los actos cognitivos que, siempre conscientes o actuales, suponen una experiencia gráfica del objeto o una re-representación de la experiencia a través del lenguaje. Tal vez deba aventurarse que el verdadero acto cognitivo, el real acceso al objeto, es siempre gráfico o intelectivo-material, pues un pensamiento intelectivo-lingüístico no tiene como objeto el objeto de la cognición, sino la cognición o experiencia misma obtenida del objeto, la cual pasa a ser explicada (re-representada) en consciencia. No en vano identifica SCHOOLER un segundo supuesto de disociación entre los procesos mentales conscientes y meta-conscientes, destacando que cuando se desencadena la meta-consciencia, como en todo proceso de recodificación, parte de la información puede verse perdida o distorsionada, produciéndose así una re-representación tergiversada de la experiencia original⁸⁹. En este sentido, una consciencia intelectivo-lingüística no supone más que re-representar la experiencia gráfica, poner la atención sobre ella, es decir, pensar poniendo en palabras aquello experimentado en términos gráficos. Dicho de otro modo, como SCHMIDHÄUSER y FRISCH han destacado, se trata de aquella forma del pensamiento que se verifica al comunicar nuestra experiencia a un tercero, pero también al pensar de forma reflexiva, es decir, al tener una conversación con uno mismo⁹⁰. Lo referido por SCHOOLER de que la meta-consciencia no es sino una consciencia vuelta sobre sí misma no expone ni más ni menos que eso.

Que el pensamiento intelectivo-material o gráfico lejos está de ser no consciente, también es algo que se desprende del modelo de SCHOOLER. Ello surge obvio pues este autor ubica tal experiencia a nivel de la consciencia y la establece como objeto de la re-representación o meta-consciencia. Por supuesto, una explicación de este fenómeno no es nada fácil, justamente porque para ello interviene el lenguaje, perdiéndose así la esencia del acto no sustentado en él. Puede eventualmente recurrirse a un ejemplo, es decir, a la forma más “gráfica” que tenemos de explicar las cosas. Cuando al conducir frenamos ante la luz roja de un semáforo, tal comportamiento se ve sin dudas mediado por un proceso cognitivo. Sin embargo, este comportamiento no requiere que procesemos a nivel lingüístico un mensaje tal como el de «hay una luz roja y ella supone que debo frenar». Una vez que el significado de esta señal ha sido aprendido, podemos recoger la información que ella nos provee e interactuar con los participantes de la circulación vial sin la necesidad de una específica reflexión al respecto⁹¹. Esta comprensión gráfica del entorno, que en el concreto caso tiene lugar durante el proceso automatizado de la conducción, ni debido a lo primero ni debido a lo segundo resulta menos consciente.

⁸⁸ SCHOOLER, *Trends in Cognitive Sciences*, (6-8), 2002, pp. 339 s.

⁸⁹ SCHOOLER, *Trends in Cognitive Sciences*, (6-8), 2002, pp. 340, 342. Esto encuentra una total similitud con lo apuntado por Schmidhäuser: como la discusión sobre los pensamientos del autor sólo puede tener lugar mediante el lenguaje, la esencia del pensamiento intelectivo-material queda inmediatamente falseada (véase SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/66; EL MISMO, *FS H. Mayer*, 1966, pp. 324 s., 327).

⁹⁰ SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, p. 326; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 175.

⁹¹ Destacando lo innecesario de recurrir al lenguaje una vez que un concepto ha sido asimilado, SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/66.

b. *La consciencia gráfica y su extensión a las circunstancias situacionales y causales*

Con la introducción que antecede, podemos retomar el tema de interés, volviendo la mirada hacia los actos cognitivos referidos a circunstancias típicas, como por ejemplo la de «casa habitada» (art. 241.1 CP)⁹² aludida en uno de los casos propuestos al inicio de la investigación. En tales supuestos, bastará con que el sujeto cuente con un saber conceptual, que en su acervo cognitivo posea el concepto de «casa habitada», para que, con total actualidad y sin siquiera reflexionar al respecto, habitualmente comprenda que el lugar en el que ingresa presenta tales características. Lo mismo rige para el carácter suprimido de la numeración del arma (art. 564.2.1º CP), al que el TS alude en la sentencia en su momento comentada. Y nada distinto, por supuesto, sucede con respecto a circunstancias que, si bien no son típicas, resultan de utilidad para inferir que el autor comprendió aquéllas que sí lo son. A modo de ejemplo, quien en plena ciudad participa de una carrera ilegal de coches cruzando sucesivos semáforos en rojo, aunque esté muy concentrado en ganar la competición y ponga su exclusiva atención en ello, no por ello dejará de advertir las señales de tránsito y su significado. Ciertamente no las respeta, pero de todos modos las procesa en términos gráficos. Hasta donde alcanzo a ver, la suficiencia de esta forma de acceso al objeto no fue introducida por SCHRÖDER al actualizar el comentario de SCHÖNKE al StGB⁹³, tal como no obstante parece señalar SCHMIDHÄUSER⁹⁴, sino ya por FRANK, quien incluso apuntara la posibilidad de que la problemática subyacente no hubiese sido abordada por la literatura penal anterior a su época. Su objetivo fue justamente incorporar a la discusión un aspecto planteado en la Psicología: la diferencia entre el objeto de la consciencia y el contenido de la consciencia. En este sentido, una circunstancia puede ser conocida, a pesar de que la atención de la mente no se dirija a ella. Dicho de otro modo, puede formar parte del *contenido* de la consciencia, sin que en tal momento sea *objeto* de la consciencia⁹⁵.

Por supuesto, la capacidad de rendimiento de esta forma de cognición gráfica no encuentra su límite en los elementos típicos situacionales, ni tampoco en circunstancias *–per se* no típicas, pero sí– útiles para la ulterior deducción de los presupuestos del tipo. De hecho, ella también se extiende a los juicios causales, donde la condición de posibilidad para su emisión depende de que el sujeto, como suele suceder, posea un saber conceptual acerca de la evolución habitual del *tipo* de actividad que desarrolla. Si lo posee, puede perfectamente proyectar las consecuencias de su conducta, e incluso hacerlo a un nivel meramente gráfico. En este sentido, la intuición general de FRANK, según la cual (el curso causal hacia) el resultado, a diferencia de las otras circunstancias típicas, sí debería ser «pensado», es decir, ser objeto de la atención⁹⁶, supone una sobreexigencia que, al menos hoy puede decirse, no se condice con la naturaleza de los actos cognitivos. Por si cupiera alguna duda sobre lo innecesario de requerir una atención expresa sobre los cursos causales, es posible recurrir a un ejemplo planteado por FRISCH. Conforme destaca este autor, quien tras un rápido vistazo a derecha e izquierda atraviesa con su coche una intersección, no suele tener representaciones precisadas mediante el lenguaje. Regularmente no se dice a sí mismo «por la derecha no viene nadie», «por la izquierda tampoco viene nadie», «así que puedo avanzar». Y sin embargo, no es que este conductor actúe con base en una ausencia de

⁹² A mayor abundamiento, también puede pensarse, por ejemplo, en la circunstancia de «establecimiento de explotación agrícola o ganadera» que agrava el hurto según el art. 235.1.4º CP.

⁹³ Así al menos ya en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 9.ª ed., 1959, § 59 II 5 (p. 323); la referencia de Schmidhäuser es a SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 11.ª ed., 1963, § 59, nm. 14 (p. 366).

⁹⁴ SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, p. 323 (n. 15).

⁹⁵ FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, p. 29.

⁹⁶ FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, p. 29; EL MISMO, *StGB*, 18.ª ed., 1931, § 59 I (p. 181). Sobre la posición de FRANK, véase más en el punto 5.3.b.

representación; tiene una impresión de la situación y actúa en función de ella. Si al momento del hecho se le preguntase por qué continúa con la conducción, su respuesta habrá de ser aquello que, sin haber sido trasladado a nivel del lenguaje, ineludiblemente se ha dicho a sí mismo: que nadie venía por derecha ni por izquierda⁹⁷. Lo que se desprende de este ejemplo es que la conclusión «puedo avanzar» no se fundamenta sólo en la captación gráfica de los estados de cosas «nadie por derecha ni por izquierda». Parte ineludible de ella es el pronóstico de que en el futuro inmediato «nada ocurrirá». Y este juicio causal, como acto cognitivo, en su esencia no difiere del anterior referido al estado de cosas: lo mismo que aquél, es actual, consciente, pero no reflexivo. La aplicabilidad de esta forma de cognición *también* a las consecuencias futuras fue expresamente admitida por SCHMIDHÄUSER y FRISCH⁹⁸. De forma resumida: el juicio causal puede perfectamente sustentarse en un abordaje gráfico del evento.

A modo de ejemplo, quien repetidamente dispara contra un político rodeado de seguidores, en tanto posea –como es usual– un saber conceptual sobre las implicaciones de ese tipo de conducta en el contexto en que se ejecuta, estará en condiciones de inferir y fácilmente inferirá que puede o irá a alcanzar a otra persona, aun cuando su atención esté puesta en disparar al político. Al haber percibido la presencia de terceros junto aquél, difícilmente pueda decirse que a su respecto no ha tenido representación causal alguna. Si se le preguntase si al disparar previó que algunos de los proyectiles podrían dar o darían en sujetos distintos a su objetivo, de ser honesta su respuesta, seguramente dirá, luego de procesar a nivel lingüístico aquello que sólo advirtió de forma gráfica, que sí previó tal posibilidad o que asumió la producción de tales consecuencias. Lo mismo cabe afirmar de quien rodeado de una muchedumbre comienza a lanzar sin control puñetazos destinados a un concreto objetivo. Por más reflexiva que sea su atención con respecto al posicionamiento del destinatario, una representación gráfica del espectro lesivo de los golpes resulta aquí poco objetable. Esta forma de consciencia y su suficiencia para el dolo aparece magistralmente resumida en la olvidada formulación ofrecida por BOCKELMANN: el presupuesto cognitivo del dolo se ve ya satisfecho si aquello que el autor *reconoce* y *prevé* devendría actual en caso de hacerlo objeto de la reflexión⁹⁹. Si algo cabe objetar a esta fórmula es que designe como *no actual* aquello que el sujeto *actualmente* advierte, sólo que de forma gráfica. En lo práctico, en nada difiere de los aportes que a este respecto realizaran tanto SCHMIDHÄUSER como FRISCH.

c. Precisiones adicionales

Que el contar con un saber conceptual nos permita juzgar nuestros actos a un nivel meramente gráfico, es decir, sin tener que recurrir al lenguaje, no debe hacernos pensar que esta consciencia se funda siempre en el saber conceptual que corresponde esperar en el caso. A decir verdad, una persona puede poseer el saber conceptual esperado, mas también uno distinto, incluso de carácter errado, y por la razón que sea emplearlo para juzgar la situación en la que actúa. Así pues, la atribución (procesal) de estados mentales, si busca permanecer ligada a la imagen humana con la que opera el derecho penal material, sólo incorrectamente puede tomar como base un sujeto infalible, es decir, siempre racional con respecto a la forma que juzga su entorno

⁹⁷ FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 176.

⁹⁸ SCHMIDHÄUSER, *Einführung in das Strafrecht*, 2.ª ed., 1984, p. 201; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 176.

⁹⁹ BOCKELMANN, «Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie», en KAUFMANN, A. et al. (eds.) *GS Radbruch*, 1968, pp. 254 s. (sin cursivas en el original). La *Fórmula* alude también a lo que el sujeto *sabe*. Sin embargo, ese aspecto resulta útil para el punto que sigue: si el dolo requiere un pensamiento actual con respecto a lo sabido.

y las consecuencias de su acción¹⁰⁰. La única racionalidad que en este ámbito opera no recae sobre el sujeto al que se le atribuye el estado mental, sino sobre la proposición que le asigna esa situación psíquica. Racionales deben ser las alternativas cognitivas que, *ex ante*, cabe adjudicar a un individuo en una específica situación¹⁰¹. En este sentido, nada excluye la posibilidad de asignar juicios (causales o situacionales) erróneos, sustentados en saberes conceptuales erróneos. Los motivos que llevan a que un sujeto emplee un saber conceptual –y no otro– suelen operar a un nivel no consciente¹⁰² y presentan una naturaleza por demás variada. Entre ellos cabe mencionar la asunción de capacidades que no se poseen¹⁰³, el alto umbral inhibitorio con respecto a la muerte de terceros¹⁰⁴, o bien el riesgo que ciertas conductas generan para la vida del propio agente¹⁰⁵. Lo mismo que en las representaciones lingüísticas, tampoco en el pensamiento gráfico luce desacertada la apreciación de HAUSER: al fin y al cabo, uno tiende a creer sólo aquello que desea¹⁰⁶. La posibilidad de un desconocimiento resulta ciertamente escasa en los ejemplos brindados al final del punto que antecede. Sin embargo, esta improbabilidad no debe llevarnos a conclusiones drásticas. También sería viable concluir, indicios probatorios de por medio, que sus autores, por el motivo que fuere, de forma gráfica descartaron afectar a terceros al emprender sus ataques. A veces “lo racional” es afirmar que el sujeto no ha sido “racional”.

Dos mínimas observaciones. Por un lado, lo desarrollado en el párrafo anterior ayuda a entender que el reconocimiento de este tipo de consciencia gráfica no supone brindar a los tribunales una razón teórica para relajar los baremos de atribución de estados mentales¹⁰⁷. Muy por el contrario, sólo evidencia cómo las personas acceden a un objeto de la cognición y deja intactos los

¹⁰⁰ En el ámbito conceptual, calificando de carentes de apoyo psicológico y psiquiátrico a las teorizaciones del dolo que parten de un sujeto unilateralmente racional, KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, 1993, p. 30. Limitando sus conclusiones al carácter habitualmente gráfico de las representaciones, BOCKELMANN, *GS Radbruch*, 1968, p. 254.

¹⁰¹ En este aspecto, es enteramente racional asumir que un sujeto puede tener representaciones “no racionales”, es decir, distintas a las esperadas desde un prisma general. La lógica procesal, a decir verdad, opera bajo el presupuesto de la *racionalidad-excepción*: ante la ausencia de indicios en contrario, rige la regla probatoria que impone atribuir el estado mental que cualquiera tendría en aquella situación; si se presentan en cambio aquellos indicios, dado el carácter *iuris tantum* de las reglas, bien podrá admitirse que el estado mental del sujeto ha sido disímil a lo que la norma general indica.

¹⁰² Así lo indican los estudios psicológicos conforme destaca WYER JR., «Some determinants and consequences of beliefs», en ALBARRACÍN/JOHNSON (eds.), *The Handbook of Attitudes*, 2.ª ed., v. I, 2019, p. 334.

¹⁰³ Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, «Revista de Revistas. Recensión a Schünemann», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (40-2), 1987, p. 546; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2.ª ed., 2005, p. 270.

¹⁰⁴ Argumento por cierto clásico en la jurisprudencia alemana. Véase, entre muchas otras, BGH 4 StR 51/83, de 07/06/1983 (en *NStZ*, 1983, p. 407); BGH 4 StR 422/02, de 16/01/2003 (en *NStZ*, 2003, pp. 431 s.); BGH 2 StR 52/03, de 23/04/2003 (en *NStZ*, 2003, p. 604); BGH 4 StR 558/11, de 22/03/2012, nm. 32; BGH 4 StR 447/23, de 20/12/2023, nm. 17. Su introducción en los años 80 para limitar la relevancia probatoria de los riesgos elevados es destacada en VERREL, «(Noch kein) Ende der Hemmschwellentheorie?», *NStZ*, 2004, p. 309. Comentando la evolución de este criterio y su declive en los casos de emociones violentas y consumo de alcohol, HELMI, *Die Tötungshemmschwelle*, 2012, pp. 37 ss., 68-71, 169-94, 207 s., 209-236. Sobre los vaivenes de este enfoque y su actualidad, PUPPE, *NK-StGB*, t. I, 6.ª ed., 2023, § 15/94 s.

¹⁰⁵ En este sentido, BGH 4 StR 482/19, de 18/06/2020, nm. 32, 33 (*Berliner Raser-Fall*); BGH 4 StR 399/17, de 01/03/2018, nm. 21 (*Berliner Raser-Fall*). En la doctrina, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 219; ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5.ª ed., 2020, 12/23; JAKOBS, *AT*, 2.ª ed., 1991, 8/5.

¹⁰⁶ HAUSER, «Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz», *Der Gerichtssaal*, (54), 1897, p. 176; también destacando el usual vínculo entre la creencia y los intereses del sujeto, PERALTA, «El error inexcusable: fundamentos filosóficos y regulación positiva», en VICENTE REMESAL *et al.* (eds.), *LH Luzón Peña*, v. I., 2020, pp. 909 s. Como señala WYER JR., en ALBARRACÍN/JOHNSON (eds.), *The Handbook of Attitudes*, 2.ª ed., v. I, 2019, p. 361, hay pruebas abundantes de que solemos formarnos creencias que nos hacen quedar bajo una luz positiva. En este sentido, sobre nosotros mismos tendemos a ser optimistas.

¹⁰⁷ Es llamativo cómo para algunos este reconocimiento facilita la prueba del estado mental que requiere el dolo (así, VOGEL/BULTE, *LK-StGB*, t. I, 13.ª ed., 2020, Vor. §§ 15 ff., nm. 74), mientras que para otros la dificulta (véase KLEB-BRAUN, «Codekartenmißbrauch und Sparbuchfälle aus „Volljuristischer“ Sicht – 2. Teil», *JA*, 1986, p. 314).

estándares habituales: la práctica probatoria deberá valorar la totalidad de las circunstancias del caso y la disciplina procesal elaborar reglas que permitan racionalmente afirmar que alguien se ha representado el objeto de interés, ahora incluso también a un nivel meramente gráfico. Por otro lado, el reconocimiento de que los actos cognitivos también pueden ocurrir a un nivel gráfico no carece de trascendencia para la práctica probatoria. De hecho, a diferencia de lo que sucede con el problema de aquello *ya sabido* al momento de actuar, su aporte es más procesal que material. Por ello, aquí debo apartarme de la apreciación de RAGUÉS, según la cual esta propuesta carece de aplicabilidad práctica, ya que el proceso probatorio sólo puede valerse de alternativas más simples, como las del conocimiento y el desconocimiento. El objetivo de esta elaboración, a diferencia de lo que le objeta este autor, no consiste en que deban probarse sutiles realidades psicológicas¹⁰⁸. A mi entender, se limita a informar cómo es que la cognición accede normalmente a un objeto, a fin de que la disciplina procesal ajuste sus reglas en consecuencia.

Las conclusiones obtenidas, para mayor abundancia, pueden trasladarse al *caso de la carrera ilegal de automóviles* al que se hiciera referencia con anterioridad. De hecho, ellas permiten completar la situación cognitiva que, en general, todo conductor presenta durante una competición de este tipo. Puede decirse al respecto que, pese a fijar su atención en ganar la carrera y no mirar a las esquinas como cualquier conductor promedio haría, con total actualidad los competidores advertirán las señales de tránsito. Pero no sólo eso, pues muy probablemente también se dirán, a partir de un saber conceptual erróneo (por ejemplo, que por allí a tal hora generalmente no circulan vehículos), escogido y aplicado al caso por motivos no conscientes (i.e., el riesgo para su propia vida), que «finalmente, al cruzar las esquinas, nada habrá de suceder»¹⁰⁹. Y todo ello, no obstante, lo harán sin *re-representarse* su percepción del estado de cosas del tránsito y sin *re-representarse* el juicio causal emitido, es decir, sin reflexionar a través del lenguaje, pero de forma enteramente *actual*. Una situación como tal, en la que de forma gráfica el sujeto asume la *no* realización del tipo, bien puede suponer un *desconocimiento* excluyente del dolo¹¹⁰. La propuesta en análisis, nuevamente, ni lleva a afirmar el dolo ni tampoco a negarlo. Su objetivo es explicar cómo tiene lugar la cognición en determinados contextos. Lo que luego se diga, tendrá estrictamente que ver con cómo se encuentre conformado el concepto de dolo.

d. *Un mero esbozo: el problema de las acciones impulsivas*

Antes de cerrar este apartado, me gustaría introducir un último punto, aún a modo de simple esbozo. Difícilmente pueda negarse que lo hasta aquí desarrollado es de interés para un ámbito específico como el de las *acciones impulsivas*. Es allí donde de forma más clara se advierte una intervención en el mundo no mediada por la reflexión respecto de las consecuencias. En todo caso, el problema no se vincula con la presencia de un actuar voluntario. Tal cuestión puede ser resuelta de forma positiva¹¹¹, pues la afirmación de un comportamiento –o, si se quiere, de la inevitabilidad de la intervención– ha de ser funcionalmente decidida en virtud de la satisfacción

¹⁰⁸ Cfr. RAGUÉS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 515 ss.

¹⁰⁹ El caso también puede ser reconstruido, por ejemplo, con base en el *saber conceptual erróneo* de que a pesar de la velocidad desarrollada aún es posible eludir cualquier colisión; un saber cuya elección, por su parte, puede venir motivada en la auto-asignación de capacidades de conducción mayores a las que se poseen. La existencia o no de una representación y las concretas motivaciones que dieron curso a tal estado mental deberán ser objeto de análisis durante el proceso probatorio.

¹¹⁰ Exclusión que, en todo caso, no dependerá de factores vinculados a la delimitación del estado mental atribuible al sujeto, sino de la racionalidad del estado mental (de desconocimiento) ya asignado a aquél.

¹¹¹ Afirmando allí una acción, por todos, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, (44-1), 1991, pp. 10-12, 14, 16; ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5.ª ed., 2020, 8/69; LUZÓN PEÑA, *PG*, 4.ª ed., 2025, 11/20; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª ed., 1996, p. 221.

de las condiciones mínimas que hacen al posible seguimiento de una norma; condiciones que, valga destacar, en esta especie de supuestos parecen claramente verificarse¹¹². El aspecto problemático, a decir verdad, radica en el nivel de consciencia presente en esta actuación (voluntaria pero) impulsiva, y en su suficiencia a los fines requeridos para el dolo. Dicho de otro modo, en aquellos puntos que, valga destacar, pese a no ser nuevos en la discusión dogmática¹¹³, permanecían aún no enteramente consensuados en la doctrina de principios de este siglo¹¹⁴, y probablemente hoy, debido a la multiplicidad de casos que pueden ser ingresados en la categoría del actuar impulsivo, continúen presentándose como igualmente inciertos¹¹⁵. Lo que sigue no pretende dar una respuesta definitiva al asunto, sino sólo apuntar algunas cuestiones de interés para la investigación en curso.

Por un lado, puede decirse que quien por motivos de odio o venganza impulsivamente descarga su ira lanzando una piedra hacia el sujeto que se encuentra detrás de una ventana cerrada¹¹⁶, dado el estado en el que ejecuta su comportamiento, por regla general no habrá de procesar a nivel lingüístico todas las circunstancias inherentes a esa forma de actuar. La captación del estado de cosas «sujeto detrás de la ventana» podrá darse a nivel lingüístico o gráfico, pero la proyección causal hacia una lesión, dado el carácter impulsivo de la reacción, seguramente ocurra en términos gráficos. Y lo mismo cabe predicar de la ruptura de la ventana, la cual es una consecuencia mediata para la lesión. En supuestos de este tipo, no parecen surgir mayores objeciones a admitir la previsión requerida para el dolo, aunque sólo sea a un nivel no reflexivo¹¹⁷.

No obstante, como destaca SILVA, esta aceptación no puede hacerse extensiva a todo tipo de comportamiento impulsivo. También debe dejarse un espacio para escenarios en que posiblemente se carezca de una representación, incluso de índole gráfica¹¹⁸. Siguiendo esta línea, no parece convincente el rechazo de toda representación posible¹¹⁹, pero tampoco su automática asunción a fin “salvar” el dolo. A modo de ejemplo, KLEE va demasiado lejos cuando, en su crítica a WIMMER, alega que esta especie de comportamientos siempre supone una representación, por

¹¹² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, (44-1), 1991, pp. 13-15, cuyas conclusiones aquí comparto.

¹¹³ Al respecto, puede seguirse el debate entre Wimmer y Klee en WIMMER, «Über die Bestrafung triebhaften Handels», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (47), 1927, pp. 101 ss.; EL MISMO, «Über das Fehlen des Bewußtseins von Tatbestandsmerkmalen bei ungeordneten Triebhandlungen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (49), 1929, pp. 675 ss.; KLEE, «Vorsatz und Triebhaftigkeit der Handlung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (48), 1928, pp. 1 ss.

¹¹⁴ Destacando la falta de claridad sobre si en estos supuestos debe excluirse el dolo, SCHROEDER, *LK-StGB*, t. I, 11.^a ed., 2003, § 16, nm. 107, con más referencias; ya previamente SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, (44-1), 1991, pp. 19, 21, señalando que el punto merece ser debatido. En cambio, según NAU, *Die Bewußtseinsform bei normalpsychologischen Affekttaten*, 2001, p. 115, desde el siglo XVII la opinión dominante en Alemania admite estos casos como dolosos. También LACKNER/KÜHL, *StGB*, 26.^a ed., 2007, § 15, nm. 9, señalan que en general, y no menos por razones político-criminales, el dolo debería ser afirmado, aunque aceptan que la forma de consciencia en tales supuestos no resulta del todo clara.

¹¹⁵ Así, por ejemplo, manteniendo la opinión de la falta de claridad sobre la forma de consciencia en los comportamientos impulsivos, LACKNER/KÜHL/HEGER, *StGB*, 30.^a ed., 2023, § 15, nm. 9.

¹¹⁶ Tomo en general el ejemplo ofrecido en KLEE, *ZStW*, (48), 1928, p. 8, prescindiendo de sus conclusiones.

¹¹⁷ En este sentido, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 197 (n. 129); SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, (44-1), 1991, pp. 20 s.; por derivación, así parece también asumirlo SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, p. 330.

¹¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, (44-1), 1991, p. 21; del mismo modo, STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, *Sch/Schr StGB*, 30.^a ed., 2019, § 15, nm. 51; ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5.^a ed., 2020, § 12/81 (n. 203). Sobre los vaivenes de la jurisprudencia alemana en la afirmación del dolo en esta especie de conductas, PUPPE, *NK-StGB*, t. I, 6.^a ed., 2023, § 15, nm. 93; ya previamente, con mayores referencias, LA MISMA, *NK-StGB*, t. I, 3.^a ed., 2009, § 15, nm. 95.

¹¹⁹ Más allá de ciertos recaudos, así parece materialmente proponer NAU, *Die Bewußtseinsform bei normalpsychologischen Affekttaten*, 2001, pp. 105 s., 117.

más difusa que resulte¹²⁰. Tal forma de cognición puede entenderse como un preludio de lo que luego fuera a identificarse como una comprensión gráfica, pero en modo alguno da carta blanca para una generalizada asunción del (presupuesto cognitivo del) dolo en todo comportamiento impulsivo. Una solución intermedia, que bucee en los pormenores de cada uno de estos casos, resulta más acorde con aquella subjetividad que procesalmente –y de seguro con el aporte de la Psicología– cabe atribuir a quien realiza un acto de esta especie. Pues si hay algo que queda claro es lo siguiente: así como ciertos comportamientos impulsivos resultan ilustrativos de una posible representación no reflexiva, otros, vista la diversidad de supuestos asignables a la impulsividad, sacan a la luz los límites mismos de esta forma de cognición del objeto.

A este respecto, puede reformularse uno de los casos que diera origen a la doctrina del *dolus indirectus*. Piénsese en quien, inmediatamente luego de una agresión o durante el calor de la discusión, de forma impulsiva emplea un medio de ataque especialmente apto para causar la muerte de su oponente, como por ejemplo apuñalarlo en una zona vital¹²¹. En estos casos no resulta evidente que al actuar se desarrolle siempre, al menos de forma gráfica, alguna previsión sobre los efectos posibles del comportamiento. Cabe observar que las acciones impulsivas presentan un núcleo conceptual que en modo alguno puede restringirse a la presencia o ausencia de una consciencia gráfica, pues en algunos de sus supuestos parece posible afirmarla, mientras que en otros, si no negarla, debe al menos ponérsela en duda. En resumen, no creo prudente descartar que esta estructura también pudiese admitir casos de *desconocimiento*.

5.3. El problema de la ubicación del objeto ya conocido a nivel de la consciencia

a. *Lo sabido como dato no necesariamente referido al sujeto actuante*

Si el punto anterior versa sobre la *forma de acceso a un objeto a conocer*, lo que sigue nos lleva a una dimensión totalmente diferente. Ya no se trata de aquello que al actuar se encuentra *disponible para la cognición y resulta reconocido* por medios gráficos o lingüísticos, sino de lo que al momento del comportamiento *ya es parte* del acervo de información del que el sujeto *dispone*. En pocas palabras: se abandona aquí el mundo de lo *reconocido* en el instante del acto para pasar al de *lo sabido* al momento de actuar. Un mundo que abarca un espectro de conocimientos amplio y diverso, pero eventualmente delimitable a partir de su enunciación por el derecho como dato de interés. En este sentido, denominar «acervo permanente de conocimientos» sólo a las circunstancias vinculadas a la persona del autor o que lo afectan en su vida cotidiana, conforme no obstante propone PLATZGUMMER¹²², no parece presentar razón alguna, salvo que se intente demostrar algo que, hasta donde alcanzo, el propio PLATZGUMMER nunca indica: que por ser «permanentes», su co-activación en consciencia resulta siempre ineludible, por oposición a lo que sucede con los saberes que asigna al restante grupo de circunstancias. Más allá de que, según su propuesta, unos saberes son actuales por portarlos el sujeto siempre consigo¹²³, mientras que

¹²⁰ Véase KLEE, *ZStW*, (48), 1928, pp. 7 s. También parecen admitir el dolo en toda conducta impulsiva, BOCKELMANN, *GS Radbruch*, 1968, pp. 255 s.; WELZEL, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen*, 1964, p. 19 y n. 45.

¹²¹ Tomo como base, sin todos sus detalles, el caso que presenta CARPZOV, *Practicæ novæ imperialis saxonicae*, 2ª ed., 1646, p. 5 (correspondiente a la Pars. I, Quæstio I, nm. 28). Planteando este supuesto en el marco de (lo que parece ser) un actuar impulsivo, JAKOBS, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, 2020, p. 35. En la formulación previa brindada por DE COVARRUBIAS Y LEYVA, *Opera Omnia*, t. I, 1599, p. 561, el caso no permite ser reinterpretado en clave de una reacción impulsiva; su redacción describe un acto planificado con consecuencias mayores a las previstas.

¹²² PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 87.

¹²³ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 87 s., 91.

los otros sólo lo son a partir de una percepción¹²⁴, no parece que PLATZGUMMER quisiese debilitar la actualidad de este último grupo con una afirmación como la objetada, pues justamente en ella, dado que trata sobre circunstancias no vinculadas al sujeto actuante, se asienta la real utilidad de su teoría. Si la clasificación que propone debe ser mantenida, es algo que aquí puede dejarse de lado. En todo caso, lo digno de destacar es que poseemos un amplio espectro de saberes que, anudados o no a nuestra persona, también pueden ser de interés para el derecho.

Un ejemplo al respecto ya ha sido puesto a la vista: el del lugar donde se ejecuta un robo. Por un lado, puede que el sujeto conozca el concepto de «casa habitada», es decir, lo que ello significa, y que, aunque nunca haya estado en la casa habitada en la que comete el robo, subsuma esa locación en tal concepto por vía de una representación gráfica o lingüística. Pero también puede que ya no se trate de un problema cognitivo, pues es posible que el autor, por haber estado allí con anterioridad, *sepa* que el lugar en concreto presenta las características respectivas. En esta última hipótesis, el interrogante versará sobre si aquello sabido también es parte de su consciencia al momento de ejecutar el acto. Más compleja parece la situación cuando se trata, como en otro de los ejemplos propuestos, de la concreta edad del menor sexualmente agredido. Es probable que de su aspecto personal resulte inferible su carácter de menor de edad, pero difícil será admitir, salvo casos de evidente niñez, que las formas de cognición ya tratadas sean un medio eficaz para determinar si la víctima tiene 17, 16 o, en cambio, tal como requiere el 181.1 CP, menos de 16 años. No en vano PLATZGUMMER aborda el caso partiendo de que el autor efectivamente sabe la edad de la víctima¹²⁵. En este sentido, debe quedar claro que el problema que motiva este punto no se liga al acto cognoscitivo de nuevos objetos, sino a la relación que *lo sabido pero no pensado* establece con lo actualmente consciente durante la realización de un acto.

b. La renuncia a una consciencia actual como primera aproximación

Habiendo quedado su pensamiento injustamente perdido en los derroteros de la historia, no viene mal reiterar que el primero en detectar el problema fue v. WICK a mediados del siglo XIX. En su propuesta, recordemos, los elementos *permanentes* de la consciencia no requerían ser pensados al actuar, pues eran parte de la información con la que cuenta toda persona mentalmente sana. Distinto era el caso de los elementos de carácter *variable*, que sí debían ser pensados al actuar, a fin de que el dolo pudiese ser afirmado. Una solución más radical, aunque parcialmente confundida con el problema del acto cognoscitivo, es la que esboza FRANK apenas medio siglo después. No refiriéndose a la edad de la víctima abusada pero sí a su minoridad, se pregunta FRANK aquello que, a su juicio, debería ser un tema ineludible para el legislador del futuro: si para el dolo tiene que bastar con que *se sepa* tal dato o si en cambio ha de requerirse que *se piense* en él al desarrollar el acto. Su apreciación preliminar, que pasado un cuarto de siglo mantuvo sin ahondar al respecto, fue que el resultado debe ser *pensado*, pero no así las demás circunstancias, que pueden ser simplemente *sabidas*¹²⁶.

A poco que se la analiza, esta última frase dice más de lo que parece. No es irrelevante que para las circunstancias situacionales FRANK no utilice el adjetivo *bewußt* (consciente), sino el participio del verbo *wissen*: *gewußt* (sabida). En todo caso, este uso es indicativo de un cambio en el objeto de sus reflexiones; un cambio que, al exponer el problema de forma conjunta con el tratado en el punto anterior, probablemente ni el propio FRANK haya advertido. Como puede

¹²⁴ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 83 s., 87.

¹²⁵ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 84, 86 s.

¹²⁶ FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, p. 29; EL MISMO, *StGB*, 18.^a ed., 1931, § 59 I (p. 181).

observarse, en este nuevo y específico ámbito ya no resultan de interés sus aportes sobre el acto cognoscitivo. A modo de recordatorio: que durante la ejecución de un comportamiento ciertas circunstancias situacionales pueden ser conocidas (ser parte del *contenido* de nuestra consciencia), sin la necesidad de que nuestra atención se dirija a ellas (sin que para el conocimiento deban ser el *objeto* de nuestra consciencia). Por oposición a esto último, ahora FRANK no nos habla de aquello *a conocer* y *reconocido* al momento del hecho, sino de lo que *ya es parte* del acervo de conocimientos del sujeto durante su ejecución. Simplificando su propuesta: a) para el *juicio causal* requiere un acto cognoscitivo sujeto a la especial atención del agente, es decir, que resulte el objeto de su consciencia (que será actual); b) para las *circunstancias situacionales a conocer* sólo demanda que durante el acto cognoscitivo sean parte del contenido (no el objeto) de su consciencia (que será actual); y finalmente, en lo que aquí interesa, c) para las *circunstancias situacionales ya sabidas* no requiere que sean ni objeto ni contenido de su consciencia. Dicho de otro modo: una consciencia *actual*, incluso de orden gráfico, sería siempre requerida para aquello a conocer durante el acto (a y b), pero no así para aquello ya conocido (c).

A los fines de la afirmación del dolo, esta propuesta, comparada con la de V. WICK, brinda un salvoconducto al *caso del agresor sexual de la menor* que, aun sabiendo su edad, no trae tal dato a consciencia al momento de actuar. No obstante, pese a que en supuestos de esta especie FRANK suele ser citado de forma recurrente¹²⁷, la doctrina hoy dominante no sigue a pies juntillas su argumentación. Arriba a resultados idénticos que aquél, mas procurando hallar allí, en el ámbito de *lo sabido* pero no considerado al actuar, la tan ansiada *actualidad* de la que FRANK por el contrario prescinde. ¿Cómo es que lo hace? No de otro modo que recurriendo a la idea de la *co-consciencia*¹²⁸. En breve se abordará esta cuestión. Antes resulta conveniente delimitar el concreto el alcance de este saber capaz de sustentar un actuar doloso.

c. *¿Sólo los saberes prácticos situacionales? Sobre la posible consideración de los saberes prácticos causales*

Si partimos de que un saber –no actual en FRANK o actual por co-consciente en la doctrina dominante– resulta suficiente para la afirmación del dolo, la duda que al instante se presenta es si su restricción a circunstancias típico-situacionales deviene en efecto razonable. Pues, en todo caso, también un específico curso causal puede ser parte del acervo de conocimientos de un sujeto, ya debido a experiencias previas estructuralmente similares. A decir verdad, FRANK no se expide sobre esta posibilidad; simplemente, sin ahondar al respecto, demanda que el curso causal sea objeto de un acto cognoscitivo durante el hecho. Pero si la afirmación inicial es válida y un curso causal puede ser reconducido a un saber, la pregunta que se impone es la siguiente: ¿acaso no debería *también*, conforme propone FRANK para las demás circunstancias, *un saber causal* considerarse suficiente para la afirmación del dolo, a pesar de que el sujeto no lo lleve a consciencia durante el caso concreto? La misma pregunta puede formularse desde la perspectiva dominante orientada a buscar una suerte de actualidad en la consciencia: ¿debe acaso también un *saber causal* considerarse co-consciente y, en este sentido, suficiente para la afirmación del dolo? A fin de responder a este interrogante, cabe recurrir a un caso propuesto por STRATENWERTH, mas también a una posible reformulación. Comencemos por el caso original:

¹²⁷ Por todos, SCHROEDER, *LK-StGB*, t. I, 11.ª ed., 2003, § 16, nm. 99; PUPPE, *NK-StGB*, t. I, 6.ª ed., 2023, § 16, nm. 160; JAKOBS, *AT*, 2.ª ed., 1991, 8/10.

¹²⁸ Concretamente para el caso de la menor abusada, PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 83 s., 86 s.; MAURACH/ZIPF, *AT*, t. I, 8.ª ed., 1992, 22/48; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6.ª ed., 2011, 8/76. Aunque con reparos, destacando la habitualidad de tal recurso, PUPPE, *NK-StGB*, t. I, 6.ª ed., 2023, § 16, nm. 160 s.

Caso del médico insistente:

Un médico ha experimentado que, bajo determinadas condiciones, un medicamento es capaz de provocar un colapso con peligro para la vida. No obstante, vuelve a utilizar este medicamento sin tener en cuenta que las mismas condiciones se presentan nuevamente.

Las reflexiones de STRATENWERTH con respecto al 224.I.1 StGB, que declara punibles las lesiones corporales peligrosas para la vida originadas en el suministro de veneno, pueden ser aquí obviadas. Lisa y llanamente indica que en el caso sólo es posible asumir un conocimiento *actualizable* de los factores que, en esa situación, hacen del medicamento un veneno, es decir, no una efectiva consciencia de estar suministrando tal sustancia¹²⁹. No obstante, a los fines que aquí interesan, sus conclusiones pueden ser trasladadas a la siguiente idea: sólo cabría atribuir al médico un saber conceptual (sustentado en la experiencia, pero no aplicado al hecho concreto) de que con tal medio usualmente se causa la lesión o la muerte de un ser humano. También FEIJÓO comparte esta visión sobre el caso. Conforme señala, el conocimiento requerido para el dolo no puede ser definido como todo aquello que el sujeto alguna vez experimentó y, por tanto, conoce de forma latente¹³⁰. Cabe conceder a ambos autores que de la posesión de un saber conceptual – en este caso de orden causal– no se deriva su necesario traslado a los hechos. Bajo tal presupuesto, un acto cognoscitivo puede tener lugar, o bien no tenerlo, y corresponde a la práctica procesal determinar si su emisión debe ser atribuida al sujeto. Pero no es éste el punto que busco aquí problematizar. Valga la siguiente reformulación del caso y un ejemplo adicional:

Caso del médico insistente 2:

Un médico ha experimentado que al suministrar el medicamento x al paciente A, que es portador de la patología w y presenta la constitución física z, éste ha sufrido un colapso que puso en peligro su vida. Luego de la recuperación del paciente, a fin de continuar con el tratamiento, el médico vuelve a suministrarle a A el mismo medicamento x. Las consecuencias resultan idénticas.

Caso del padre que asfixia a su hijo:

El padre de un bebé de escasos meses de edad sabe que, si mantiene presionada su mano sobre las vías respiratorias de aquél, le producirá una situación de desmayo con graves consecuencias para su salud. Y lo sabe en concreto porque en una ocasión anterior, a fin de que su bebé dejase de llorar, decidió emplear tal maniobra, debiendo el menor ser hospitalizado por un cuadro de hipoxia cerebral por asfixia que le dejó un leve pero permanente deterioro cognitivo. Pese a ello, tiempo después y ante los llantos del bebé, vuelve a utilizar el mismo método, con idénticos resultados.

Si hay algo que distingue estos casos del propuesto por STRATENWERTH, es que sus protagonistas no sólo cuentan con un saber causal de orden conceptual. Ya no se trata de un mero saber referido a un caso genérico, es decir, a un caso *tipo*. Dicho de otro modo, no es que el médico únicamente sabe, como cualquier otro colega de su profesión, que ese medicamento generalmente produce el resultado en cuestión en pacientes con determinadas características. Tampoco es que el padre sabe, como cualquier otra persona, que impedir que un bebé respire ocasiona por regla graves consecuencias para su salud. Muy por el contrario, lo característico de ambos ejemplos es que sus autores, debido a una experiencia previa referida al mismo objeto de su acción, *saben* las concretas consecuencias que tendrá su comportamiento. En ese orden, no poseen un mero saber conceptual sino ya un *saber práctico*: un saber referido al supuesto particular. Con independencia de lo que creyeran en la primera oportunidad, la experiencia obtenida *ex post facto* los ha hecho acreedores del saber correspondiente, es decir, les ha permitido que el saber conceptual se

¹²⁹ STRATENWERTH, AT, 4.ª ed., 2000, 8/75; y luego en STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.ª ed., 2011, 8/75.

¹³⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, pp. 120 s.

transforme en un saber práctico. Tanto el médico como el padre *saben* las consecuencias de tal acto, independientemente de si al llevarlo nuevamente a cabo reflexionan sobre ellas o no.

Permítaseme una comparación que puede ser ilustrativa. Lo hasta aquí expuesto resulta aplicable a casos en que aquello que entra en juego no es un saber causal sino un saber referido a una dimensión de sentido. Lo interesante de estos últimos es que, si bien se diferencian de los primeros, también en ellos la conformación del saber depende de algún tipo de inferencia por parte del sujeto. Ya no se trata de aquella información a la que aluden los elementos descriptivos, es decir, la que normalmente puede ser obtenida mediante una charla o la lectura de un documento, como por ejemplo la concreta edad de un menor. Se trata en cambio de la información a la que remiten los elementos normativos, para cuya constitución como un saber se requiere la emisión de un juicio con respecto a determinadas circunstancias fácticas. El caso del consentimiento es un buen ejemplo de ello. Piénsese en la siguiente situación:

Caso del amigo irreverente:

Debido al grado de amistad que los une, A cree que B no opondrá reparos si le realiza un tocamiento superficial de índole sexual. Ya lo ha hecho en una o dos ocasiones, sin que B presentara oposición. Así pues, confiando en su consentimiento, vuelve a realizar un contacto de índole similar. La actitud de B cambia en esta ocasión. Antes había omitido toda reacción para no afectar una amistad de décadas; ahora, ya harta de la situación, responde con total desagrado, señalándole que el vínculo que los une no le da derecho a ese tipo de contacto. Transcurrido un tiempo, sin tener presente esa advertencia, A repite la conducta en el marco de un distendido intercambio de bromas entre ambos. La respuesta que obtiene es idéntica a la anterior.

En este caso, A claramente sabe que no tiene el consentimiento de B para realizar ese tocamiento. Puede que antes partiera de un saber conceptual incorrecto, según el cual está permitido tocar a sus amigas de tal manera. Puede que incluso sea tan necio como para mantener ese saber incólume, es decir, que tome a B como una mera excepción a la regla. Pero en todo caso, debido a la contundente respuesta obtenida, ahora sabe que con B ese saber no resulta aplicable. Se ha formado, lisa y llanamente, un *saber práctico* con respecto a B. Si aun así reitera su intento, lo hará *sabiendo* que B no presta su consentimiento para esa especie de contacto con sus amigos.

Veo difícil que la doctrina fuese a excluir este saber de aquella constelación que califica de *co-consciente* y a la que asigna la suficiente entidad como para satisfacer el presupuesto cognitivo del dolo. Pero hasta donde alcanzo a ver, tal calificación y suficiencia no es que sea rechazada, sino que ni siquiera es propuesta cuando se trata de saberes (prácticos, pero) de orden causal. Y ello no deja de extrañar cuando se advierte que entre aquel saber referido a una dimensión de sentido (léase, referido a un elemento normativo situacional) y este saber causal (o vinculado al elemento causal) media una estructura de origen idéntica: en ambos, a partir de ciertas condiciones fácticas, se deduce un saber específico. En el primer caso, ante la negativa de B, se logra el saber práctico de que B no consiente tal tipo de contacto (léase, de que el contacto tiene y tendrá el sentido de «no consentido»); en el segundo, dado el colapso del paciente o el cuadro de hipoxia sufrido por el menor, se obtiene el saber práctico de que en esos sujetos el medio empleado genera las consecuencias ya apuntadas (léase, que el medio, aplicado a tales objetos, es y será «causal de un específico resultado»). Si para el dolo es suficiente un saber práctico referido a un elemento situacional (descriptivo o normativo), no veo por qué deba ser diferente cuando se cuenta con un saber práctico de orden causal. El lector podrá compartir o rechazar estas reflexiones, pero tendrá que admitir que una opinión disímil suena poco congruente.

d. *La semántica de lo actual y las tesis fuerte y débil de la co-consciencia*

Con lo dicho anteriormente, podemos volver a la cuestión dejada en suspenso: si en los casos tratados, debido a que el sujeto cuenta con el respectivo saber, debe siempre hablarse de una consciencia *actual*, pese a que al actuar nunca ha puesto su atención en la circunstancia sabida. En este aspecto, no puede obviarse que el objetivo de PLATZGUMMER era afirmar que lo co-consciente también es *actual*, de modo que en los casos problemáticos este requisito pueda tenerse por salvado. Dicho de otro modo, que al momento del acto lo sabido es co-pensado, aunque la atención del sujeto no se dirija a ello. Al fin y al cabo, notará el lector, lo que está en juego no es otra cosa que la semántica que cabe otorgar a la idea de *lo actual*.

A decir verdad, con miras a esta ansiada pero esquiva actualidad, la doctrina de la co-consciencia resulta útil bajo una condición bastante concreta: que se asuma imposible un caso en que lo sabido no resulte co-consciente, es decir, co-pensado. Formulado a la inversa: debe partirse de que durante el acto *siempre* se es co-consciente de aquel saber inherente o que lo afecta a uno de forma directa, lo cual no parece generar mayores reparos, mas también (y aquí viene el problema) de cualquier otra información que se posea, en tanto ocurra un acto de percepción que guarde un vínculo con ella. Naturalmente, este último aspecto es el menos obvio. Para su efectividad demanda de un presupuesto adicional y, por cierto, lógicamente anterior al ya enunciado: asumir que *cada saber* no vinculado al sujeto cuenta con un acto de la percepción capaz de condicionar una co-consciencia a su respecto y que, *siempre* que esta percepción tiene lugar, el saber respectivo inmediatamente se activa a un nivel co-consciente. A esta forma de entender la doctrina de la co-consciencia puede denominársela *tesis fuerte* de la co-consciencia.

Por oposición a ello, es posible presentar una *tesis débil*, la cual opera cuando, no admitiéndose la validez de la premisa compuesta de la *tesis fuerte*, se la decide reemplazar por la(s) siguiente(s): *no siempre* una percepción vinculada al saber activa ese contenido a nivel co-consciente y/o la co-consciencia de ciertos saberes no puede ser sensorialmente condicionada porque *algunos* saberes carecen de un acto de la percepción que así lo permita. La opción por esta interpretación débil, notará el lector, merma de forma considerable la utilidad de la construcción teórica. Por un lado, el problema inicial de la actualidad de la consciencia se traslada al de la percepción condicionante de la co-consciencia, no lográndose con ello avance alguno en la solución buscada: a fin de lograr la tan ansiada actualidad, ahora debe definirse *en qué casos sí y en qué casos no* una determinada percepción condiciona que lo sabido sea co-pensado (y siempre que ese saber cuente con una percepción que lo habilite). Por otro lado, al limitarse el radio de acción de la co-consciencia condicionada por la percepción, de la teorización inicial sólo queda aquello que no genera mayor debate, pues los saberes vinculados a circunstancias que afectan al agente suelen i) asumirse siempre conscientes¹³¹, o ii) atribuirse como parte de la consciencia independientemente de si fueron traídos o no a la mente¹³², o iii) implícitamente admitirse como conscientes debido al conocimiento de estar desarrollándose una actividad vinculada a tal saber¹³³. Incluso FRISCH, quien se ha mostrado crítico de la doctrina de la co-consciencia¹³⁴, reconoce que este ámbito del saber no resulta problemático para la afirmación del dolo¹³⁵.

¹³¹ Así ya, v. WICK, ACR, (4), 1857, p. 612.

¹³² En este sentido, RAGUÉS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 516 s.

¹³³ Al respecto, ROXIN/GRECO, AT, t. I, 5.ª ed., 2020, 12/123.

¹³⁴ Su posición puede consultarse en FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 179 ss.

¹³⁵ Así, FRISCH, «Vorsatz und Mitbewußtsein», en DORNSEIFER/HORN (eds.), *GS Arm. Kaufmann*, 1989, p. 322, aunque también curiosamente extendiendo su reflexión a ciertos saberes no vinculados a la persona del propio autor.

La posición de PLATZGUMMER cuadra perfecto con la *tesis fuerte*. El mejor indicio se observa cuando aborda el caso de la menor sexualmente agredida, es decir, cuando alega que el abusador de la menor, cuya concreta edad conoce, co-conscientemente actualiza este saber con la sola percepción de su persona¹³⁶. Esta afirmación, naturalmente, más allá de parecer orientada a cubrir lagunas en su teoría¹³⁷, resulta difícil de aceptar¹³⁸. O utilizando las palabras de JAKOBS: no parece más que una mera ficción¹³⁹. La percepción de una persona menor de edad probablemente pueda –y esto debería confirmarlo la Psicología– elevar a nivel co-consciente el dato sabido de su minoridad. Una razón para así pensarlo radica en que esa información, debido a rasgos externos, deviene inferible a través de los sentidos, de modo que incluso en un primer contacto –hasta cierto límite de edad– podría advertirse que es portadora de tal característica. Pero muy distinto es afirmar que la mera y sola percepción activa en consciencia un saber tan concreto como la edad de la menor, al punto que con tenerla ante sus ojos el autor no sólo la conciba como una menor de edad, sino co-conscientemente como una menor de tal específica edad.

Cabe admitir que la propuesta de PLATZGUMMER va demasiado lejos. Resulta contraria a la más simple experiencia la idea de que una percepción tenga el efecto de generar una actualización –aun a un nivel co-consciente– de toda la información que previamente se ha obtenido y por ello se posee respecto de una persona u objeto¹⁴⁰. De hecho, la cuestión va más allá de cualquier intuición general. Pasadas más de tres décadas, la advertencia de JAKOBS sobre la ausencia de reglas psicológicas que validen tal conclusión presenta hoy, valga la palabra, una total “actualidad”¹⁴¹. A modo de ejemplo, ROXIN y GRECO destacan lo dudoso de que un suboficial que golpea a un cabo amigo de otra unidad durante una pelea en la cantina sea co-consciente de maltratar a un subordinado (cfr. § 30 de la Ley penal militar alemana –WStG–). En la propuesta que formulan, la co-consciencia debe fundamentarse en el concreto contexto en el que se desarrolla la acción, pues de otro modo se corre el riesgo de extender el dolo en demasía, atribuyéndole todo lo que alguna vez fue objeto de la experiencia y se conoce de forma latente¹⁴².

Ahora bien, lo convincente de esta crítica no da razones para concluir, como no obstante hacen estos autores, que la activación de un saber por vía de una percepción deba ocurrir cuando lo sabido haya alcanzado un grado considerable de internalización¹⁴³. A decir verdad, con ello no se hace más que asumir una *tesis débil* de la co-consciencia y, por tanto, que lo co-consciente, cuando puede demostrarse como tal (lo cual presupone admitir la existencia de un acto de la percepción capaz de activar tal saber), es ciertamente *actual*. Por un lado, queda claro que, a diferencia de lo que propone la *tesis fuerte*, en esta *tesis débil* no basta con la existencia de un acto de la percepción ligado a un saber: la actualización demanda, además, un determinado grado de internalización de aquel saber. Pero por el otro, esta *tesis débil* comparte con la *fuerte* que

¹³⁶ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 83 s., 86 s.

¹³⁷ Pues queda claro que la edad de la menor no compone la categoría del *saber concomitante permanente* que Platzgummer restringe a las circunstancias personales o íntimamente ligadas a la vida del autor.

¹³⁸ Crítico ya de tal derivación, ROXIN, «Literaturbericht. Allgemeiner Teil», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (78-1/2), 1966, p. 255.

¹³⁹ JAKOBS, *AT*, 2.ª ed., 1991, 8/12.

¹⁴⁰ ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5.ª ed., 2020, 12/128. También en este sentido, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, 1994, pp. 64 s.; KÖHLER, M., *GA*, 1981, pp. 290 s.

¹⁴¹ JAKOBS, *AT*, 2.ª ed., 1991, 8/12.

¹⁴² ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5.ª ed., 2020, 12/128. También críticos, FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, pp. 121 s.; GONZÁLEZ LILLO, «(Re)consideraciones sobre la llamada imprudencia “inconsciente”», *InDret*, (2), 2019, p. 22. Aunque desde otra perspectiva, véase a su vez la objeción de KÖHLER, M., *GA*, 1981, pp. 290 s.

¹⁴³ ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5.ª ed., 2020, 12/128.

ninguna pretende afirmar que a partir de la percepción el sujeto efectivamente pensará en lo sabido; ambas señalan que mediante ella se será co-consciente de lo sabido, es decir, que lo sabido será co-pensado. En todo caso, la *débil* no es sino de una “versión cuidada” de la tesis de PLATZGUMMER, orientada, claro está, al mismo objetivo: salvar la sagrada actualidad de la consciencia, siempre necesaria para la afirmación del dolo. Una actualidad que, sin embargo, si se la toma en el sentido originario del poner la atención en ello, tampoco en esta alternativa parece superar la crítica dirigida a la *tesis fuerte*. Al fin y al cabo, también aquí la actualidad no es más que una tranquilizadora *ficción*. Pero en ambos casos, cabe observar, una ficción orientada a la *actualidad* de lo sabido y no en cambio con respecto a *lo sabido*. Por ello, la apresurada crítica de objetivismo que ensayan M. KÖHLER y DÍAZ PITA no puede ser compartida¹⁴⁴. Sobre todo en el caso de esta última, quien, por motivo de no advertir la diferencia entre los planteamientos de PLATZGUMMER y SCHMIDHÄUSER, recurre al supuesto de la agresión sexual de un menor, no destacando el conocimiento de su edad previo al acto, sino la posibilidad de que tal circunstancia, a pesar de lo evidente de la situación, no sea (por vez primera) advertida¹⁴⁵.

e. *Posibles objeciones desde el plano procesal*

Un último aspecto a ser considerado es si estas reflexiones teóricas resultan relevantes en el plano práctico; algo que, a modo de ejemplo, un autor como RAGUÉS terminantemente niega. Cabe observar que, a diferencia de cómo ensaya su crítica al abordaje meramente gráfico, en este específico ámbito los argumentos que invoca no parecen limitarse a la impracticabilidad del aporte (léase, conforme indica, a la imposibilidad de tener por probadas sutilezas psicológicas), sino también a su irrelevancia (pues, a su entender, tales saberes serían ya atribuidos como conscientes)¹⁴⁶. Es cierto que los supuestos que la doctrina identifica como problemáticos en la práctica judicial suelen ser muchas veces obviados. En el común denominador de los casos, el hecho objeto de acusación (a ser probado o tenido por probado en la sentencia de condena) resulta descrito afirmando que el sujeto se ha representado el elemento típico en cuestión, y no mucho más que eso. Retomando algunos de los ejemplos planteados: que quien tocó a su amiga se representó su falta de consentimiento para ese tipo de contacto, que quien golpeó a su padre tuvo especialmente en cuenta que golpeaba a su padre y no a otra persona, o que quien agredió sexualmente a la niña se representó su concreta edad (o el hecho de que tenía menos de 16 años)¹⁴⁷. Y si quejándose el acusado preguntase por qué se describe el hecho de tal manera, si (honestamente, no como mero argumento de defensa) dijese que durante su acto ni siquiera pensó en tales circunstancias, la respuesta que obtendría no sería nada diferente a «¡es que tú lo sabías!». En este sentido, como observa RAGUÉS al describir la situación, la práctica tribunalicia suele trabajar con simples binomios como los de conocimiento/desconocimiento, consciencia/no consciencia o representación/no representación¹⁴⁸.

Pero esta descripción de la realidad, de todos modos, no puede ser tomada como parámetro, porque es reflejo de tres vicios dignos de ser corregidos. Es una *práctica no fidedigna*, ya que, en

¹⁴⁴ Véase, KÖHLER, M., GA, 1981, pp. 290 s.; DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, 1994, pp. 62 s.

¹⁴⁵ Así, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, 1994, p. 63. No obstante, aludiendo al caso en que se tiene un conocimiento previo de la edad del menor, KÖHLER, M., GA, 1981, p. 290.

¹⁴⁶ RAGUÉS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 515 ss.

¹⁴⁷ Incluso, si, conforme aquí se propone, se toman en consideración los saber prácticos de carácter causal, se dirá que tanto el médico (que nuevamente suministra la medicación) como el padre (que nuevamente ejecuta la maniobra de asfixia) se representaron, respectivamente, las lesiones del paciente y del bebé.

¹⁴⁸ RAGUÉS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 515.

su reduccionismo a las categorías mencionadas, todas ellas en general representativas de una *actualidad*, asume presente un *pensar en lo sabido* que no siempre ocurre en la realidad. En este sentido, la ficcionada actualidad de la consciencia objetada a las *tesis fuerte y débil* de la co-consciencia culmina aquí nuevamente replicada, al atribuirse a quien, por ejemplo, sabe la edad de la menor, cualesquiera de las categorías cognitivas mencionadas, significativas de un tener en mente la circunstancia típica. Es además una *práctica imprecisa*, pues no distingue lo que el sujeto ha activado en consciencia de lo que es simplemente sabido. Todo es actual, pues la atribución es de representación, consciencia o conocimiento. Aquél «¡tú lo sabías!» se traduce como un «¡lo has tenido en mente al hacerlo!». Y es una *práctica evitable*, porque en el específico ámbito de lo sabido, la distinción entre *lo sabido pensado* y *lo sabido no pensado* es enteramente practicable. En ciertos supuestos, hasta puede decirse que resulta evidente. ¿Acaso suena lógico afirmar que el agresor sexual piensa en la edad de la menor en el momento específico del acto? Incluso un lego, apoyándose en una psicología popular no refinada por los desarrollos en materia probatoria, se aventaría a negar la representación de esta circunstancia.

Así pues, también desde una –en palabras de RAGUÉS– imputación social del conocimiento, debería afirmarse que el sujeto no se ha representado la circunstancia típica, pero sí al menos la ha sabido. Las reglas destinadas a la atribución de estados mentales pueden dirigirse a designar a) lo que válidamente cabe decir que el sujeto reconoció (de forma lingüística o gráfica) al momento del acto, mas también b) lo que con iguales fundamentos corresponde alegar que sabía, sea habiéndolo hecho objeto de una reflexión o no habiéndolo hecho objeto de una reflexión. Creo que el propio RAGUÉS compartiría esta apreciación, a pesar de decantarse por una visión unificada de los estados mentales a ser atribuidos. Desde esta perspectiva, el diseño del objeto de la acusación no tiene por qué recurrir a categorías genéricas, cuando la práctica probatoria cuenta con instrumentos suficientes para realizar ciertas distinciones.

Ahora bien, si los vicios de la práctica tribunalicia no pueden ser el parámetro para la resolución del problema, tampoco es aconsejable que esta práctica opere con categorías genéricas debido a una imposición externa, es decir, a fin de dar cuenta del estado mental *actual* que al derecho penal material concretamente le interesa. No es aconsejable porque los fines de la praxis probatoria, como parte del derecho procesal, son distintos a los que el derecho penal persigue al valorar los hechos que aquella le provee¹⁴⁹. La práctica probatoria busca reconstruir situaciones fácticas¹⁵⁰, naturalmente dentro de un espectro de relevancia delimitado por aquél, pero sin pretensión alguna con respecto a cómo deben ser luego valoradas. Sólo si esta práctica se somete al derecho penal material, si relega su propia identidad, si comienza a interesarse por la valoración de los hechos que afirma, si, por ejemplo, construye reglas probatorias destinadas a que en situaciones muy disvaliosas deba siempre afirmarse el presupuesto psíquico requerido para un castigo agravado como el del dolo, es que puede arribarse a ficciones tales como que el

¹⁴⁹ Este aspecto no parece ser tenido en cuenta por SÁNCHEZ-MÁLAGA, «La expansión del derecho penal en el ámbito de la imputación subjetiva», en SÁNCHEZ-MÁLAGA, «La expansión del derecho penal en el ámbito de la imputación subjetiva», en GÓMEZ MARTÍN *et al.* (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, 2022, pp. 905 s., quien, en lo que se advierte como una clara injerencia de los intereses penales en la práctica probatoria, busca fundar la atribución del estado mental requerido para el dolo en que, de acuerdo con el contexto de actuación, el sujeto debiese y pudiese tener ese estado mental, y no resultase racional que confiase en la no realización del tipo.

¹⁵⁰ Y, por cierto, situaciones fácticas reales, verdaderas, aunque en su camino hacia la verdad (como ideal) vea limitados sus recursos por razones institucionales. Si ello implica una verdad *construida* o sólo *aproximativa* (así, respectivamente, FREUND, *Normative Probleme*, 1987, pp. 151 ss.; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 1995, pp. 50 ss.), es algo que no puede ser aquí abordado. Para una interesante crítica a tales posiciones véase PÉREZ BARBERÁ, «Prueba legítima y verdad en el proceso penal I», *Isonomía*, (52), 2020, pp. 17 s., 20.

agresor sexual, al realizar su acto, pone el foco de atención en la concreta edad de su víctima, es decir, que al agredirla tiene una consciencia *actual* de tal circunstancia. Si ello ocurriese, nos encontraríamos ante un procedimiento de atribución de estados mentales totalmente desligado de los estándares con los que interpretamos las acciones cotidianas, pero ante todo frente a un procedimiento puesto al servicio de necesidades político-criminales. Quien tenga estos términos por aceptables, estará obviando que el proceso penal, al orientarse a la satisfacción de la justicia material del caso¹⁵¹, también supone una garantía para el ciudadano, a saber, la de que las valoraciones que realice el derecho penal material se harán sobre hechos reconstruidos de la forma más fiel posible a como ocurren en la interacción social cotidiana. En este sentido, así como no cabe asignar a la praxis probatoria una incapacidad de rendimiento en ámbitos en que mantiene su utilidad, tampoco corresponde considerarla un instrumento maleable, con el cual acomodar las afirmaciones sobre el hecho a las necesidades político-criminales de turno.

f. *Lo actualizable como aspecto (también) conformador de una actuación consciente*

Descartadas las *tesis fuerte y débil* de la co-consciencia, así como la alternativa que se ofrece desde un prisma procesal, la investigación se encuentra en condiciones de ensayar una propuesta más precisa y, sobre todo, ajena a las *ficciones* a las que suele recurrirse. Es que, a decir verdad, no median razones para obviar tres “realidades” que se nos imponen.

La primera es difícilmente controvertible: existen circunstancias que, pese a ser de interés para el derecho, al realizar un acto nunca o rara vez se presentan en consciencia de forma *actual*, si por esta modalidad, como corresponde e inicialmente propusiera la doctrina, se entiende un *pensar o poner la atención* en ellas. La academia no estaba equivocada al identificar este aspecto como problemático, pero tal reconocimiento no habilita a salir del paso pervirtiendo el concepto mismo de *actualidad*, como hace la doctrina dominante, o mediante el recurso a sistemas que, en la práctica, derivan en inaceptables lagunas de punibilidad¹⁵².

La segunda tiene que ver con que, superada la barrera de lo potencialmente cognoscible, aquello ya conocido, si no es objeto de la atención durante el acto, resulta de todos modos *actualizable*, es decir, pasible de ser actual. Esta distinción es fundamental para evitar la confusión con el desconocimiento: lo actualizable no implica un *poder saber* (un conocimiento que, al ser potencial, requiere ser adquirido), sino un *poder atender* lo ya sabido (un saber disponible, aunque no ocupe el foco atencional). Dicho de otra manera, aquello *a conocer*, aquello que previo al acto *no se conoce*, puede evolucionar a *algo conocido* o permanecer como *cognoscible*, es decir, mantenerse en el ámbito de un conocimiento potencial; aquello que *ya se conoce*, en cambio, nunca puede ser potencial, sino simplemente *actual* o *actualizable*. Nos hallamos aquí ante circunstancias que ya son parte del acervo de conocimientos del sujeto, pero ante todo frente a

¹⁵¹ En este sentido, TARUFFO, «Verdad y proceso», en EL MISMO, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, 2013, p. 13; CLARIÁ OLMEDO, *Derecho procesal penal*, t. I, 1998, pp. 34 s., 37; ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 30.^a ed., 2022, 1/1, 3.

¹⁵² Así por ejemplo el propuesto en KÖHLER, M., GA, 1981, pp. 294 s. Es cierto que, en tanto busca determinar la actualidad mediante indicios conductuales, dando allí plena operatividad al *in dubio pro reo*, la propuesta de M. Köhler pone un freno a la automática asunción del estado mental exigido para el dolo. Sin embargo, este proceder lejos está de solucionar el problema. Dado que en estos casos lo común es que no se observen indicios de actualidad o que la prueba indiciaria sólo rinda para una duda (*pro reo*), una coherente aplicación del sistema debe llevar (casi siempre) a negar una consciencia actual, a afirmar que el sujeto desconoció la circunstancia en cuestión y, por tanto, a decir que no se ha obrado de forma dolosa.

circunstancias cuya actualización no requiere un esfuerzo mayor, como sí ocurre en reflexiones más profundas o cuando se busca revelar lo inconsciente¹⁵³.

Finalmente, la tercera realidad radica en que también *lo actualizable* forma parte de un actuar consciente, pues en la consciencia, como estado opuesto al inconsciente, convive *lo sabido pensado* (o actual)¹⁵⁴ con *lo simplemente sabido* (o actualizable). En este aspecto, difícilmente *lo actualizable* pueda concebirse como un *desconocimiento*¹⁵⁵. El propio ROHRACHER así lo admite, explicando que lo co-consciente (aquí: lo actualizable) “despierta” cada mañana tan pronto como volvemos a la consciencia¹⁵⁶. Y a pesar de su específica posición al respecto, en un sentido similar lo explica FRISCH al trasladar el tema al campo penal. A la consciencia no sólo pertenece aquello que se entiende como claramente consciente, es decir, aquello que es objeto de la atención del autor. Entre lo claramente consciente y lo inconsciente se encuentra la categoría de lo co-consciente, en tanto aquello que está *disponible en todo momento*. En otras palabras, lo co-consciente está *ahí* si uno dirige su atención en la dirección adecuada¹⁵⁷.

En la propuesta que se acaba de esbozar, notará el lector, no se habla de co-consciencia o de lo co-consciente. No es que se busque negar categorías asentadas en la Psicología, sino dar cuenta de que su uso en la dogmática penal, como evidencia el estado de la discusión, ha traído más confusiones que certezas. Si por cuestiones prácticas se prefiere mantener la terminología, lo sabido al momento de actuar puede seguir designándose como *co-consciente*. La única condición sería aclarar que tal rótulo sólo alude a *aquello que, pese a ser sabido, no resulta objeto de la atención durante el acto*. Dicho de otro modo: siempre que, corrigiendo la tesis de la doctrina dominante, se renuncie a toda ficción y se admita que lo co-consciente es *actualizable* y no actual. La diferencia entre mi propuesta y las *tesis fuerte* y *débil* de la co-consciencia radica en que éstas, al fin y al cabo, pretenden fundamentar una actualidad en lo co-consciente, actualidad que, en mi propuesta, resulta en cambio negada. Puede así entenderse lo innecesario del recurso a una *percepción condicionante* o a un *grado elevado de internalización del saber*. Lo co-consciente (mejor: lo actualizable) es un saber que presenta dos características: resulta de fácil acceso al pensamiento y da forma a la acción que se realiza (la co-conforma). En pocas palabras, se trata de un saber que, siendo parte del acervo de conocimientos del sujeto, se encuentra a su disposición con sólo dirigir la atención de forma adecuada.

Por otro lado, también puede mantenerse la expresión al uso, siempre que se acepte que lo co-consciente (aquí: lo sabido no objeto de la atención), por el hecho de admitirse como meramente *actualizable*, no deja de ser parte de lo consciente. En las *tesis fuerte* y *débil* de la co-consciencia la tendencia hacia una ficcionada actualidad parece hallar motivo en la idea de que lo actualizable no puede ser consciente, es decir, que lo consciente, para poder serlo, debe ser

¹⁵³ Al respecto, véase FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 178. En sentido similar, LEVY, *Consciousness and Moral Responsibility*, 2014, pp. 32 ss., quien alude a aquel saber que al sujeto le está *personalmente* disponible (léase: del que puede ser *personalmente consciente*), distinguiéndolo de aquel otro que sólo le está disponible de forma *disposicional* (léase: del que sólo puede ser *disposicionalmente consciente*).

¹⁵⁴ Y también lo que pertenece al punto anteriormente tratado: *lo pensado no previamente sabido*, que es producto del acto cognitivo realizado al comportarse en el mundo exterior, y que resulta siempre *actual*, sea que se desarrolle en términos gráficos o lingüísticos.

¹⁵⁵ Este aspecto ya había sido apuntado por ENGISCH, «Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (70-4), 1958, p. 598: para el dolo no siempre se requiere una consciencia actual, pues si el autor conoce la edad de la víctima no es necesario que al actuar el dato le sea explícitamente consciente.

¹⁵⁶ ROHRACHER, *Einführung in die Psychologie*, 8.ª ed., 1963, p. 53.

¹⁵⁷ FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 178.

siempre actual. En este sentido, la frase explicativa de la primera “realidad”, según la cual ciertas circunstancias sabidas «nunca o rara vez se presentan en consciencia de forma actual», no debe ser malentendida. En modo alguno indica que «no se presentan en consciencia por no reflejarse en el pensamiento actual». Ello implicaría una incorrecta equiparación entre consciencia y actualidad. Muy contrariamente, sólo señala que «se presentan en consciencia, mas no de forma actual». Tal vez pueda pensarse que lo aquí esbozado resulta similar a la propuesta de SCHEWE, seguida en España por BUSTOS RAMÍREZ. Lo que sigue intenta demostrar que ello no es así.

Al igual que la doctrina dominante, también SCHEWE admite que la ausencia de un pensamiento actual debe llevar a excluir el dolo¹⁵⁸. Sin embargo, su alejamiento resulta rápido pues, según aclara, dos son los errores en los que esta doctrina incurre. Por un lado, «actualidad» suele equipararse a «consciencia»¹⁵⁹, cuando procesos mentales actuales, como por ejemplo el «pensar en ello», no requieren de la ayuda de la atención consciente para mantener íntegra una orientación ya fijada¹⁶⁰. Por el otro, lo «no consciente aperceptivo» tiende a confundirse con lo «no consciente» en el sentido de lo no procesado o sólo «potencialmente» controlable¹⁶¹. Esto también sería erróneo porque la orientación hacia referencias no requiere dar cuenta explícita de ellas; se las considera como presupuestos evidentes, como base de todo comportamiento consciente, sin necesidad de una atención especial. A este respecto, SCHEWE recurre a la opinión de BASH, quien contrapone una «orientación no consciente» a una «orientación conscientemente reflexiva», en la que uno da cuenta explícita de aquellas referencias sobre las que se encuentra ya orientado. Por ello, «no consciente», a juicio de SCHEWE, no significa «no atendido y, por tanto, no procesado», sino «no atendido por ser evidente»¹⁶². Este «no consciente aperceptivo» posee la imperceptibilidad de lo que se da por supuesto y, como base de los procesos más conscientes, pertenece a las posesiones del «campo actual de la experiencia»¹⁶³.

En conclusión, para SCHEWE *actualidad* significa *pensar en ello*, circunstancia que también se presenta en una orientación *no consciente* (aperceptiva). De esta forma, y a diferencia de su acepción más estricta, la actualidad no se reduce al *poner la atención en ello*, que es lo que este autor señala como prototípico de una orientación *consciente*. El *pensar actual* y la *atención* aparecen así escindidos, quedando esta última relegada a una forma especial, cualificada o reflexiva del primero. En este sentido, lo no consciente, en tanto resulte aperceptivo, seguirá siendo *actual*, satisfaciéndose así la cognición requerida para el dolo. La misma idea se observa en BUSTOS RAMÍREZ¹⁶⁴. Conforme destaca, la actualidad no ha de ser entendida en el sentido de lo

¹⁵⁸ SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, 1967, pp. 125 s.

¹⁵⁹ SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, 1967, p. 126.

¹⁶⁰ SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, 1967, p. 116.

¹⁶¹ SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, 1967, p. 126.

¹⁶² SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, 1967, p. 115.

¹⁶³ SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, 1967, p. 126.

¹⁶⁴ Entre ambos autores, cabe aclarar, se verifica una pequeña discrepancia terminológica, que de todos modos no afecta la identidad de fondo. En Bustos *poner la atención y pensar en ello* son expresiones equiparables utilizadas para aludir a lo consciente. Ello no ocurre en Schewe, que sólo reserva el *poner la atención* para este ámbito. El *pensar en ello*, en cambio, es sinónimo de la *actualidad* que caracteriza lo consciente como lo no consciente aperceptivo. Otro aspecto a destacar es que Bustos, al remitir a Schewe, traduce «Unbewußte» como «inconsciente», lo cual puede inducir a error. En todo caso, lo que debe quedar claro es que, al hablar de lo *no consciente*, Schewe no busca referirse a lo que no es parte de la consciencia sino del *inconsciente*¹⁶⁴. *No consciente* (*inconsciente* según Bustos) significa no abarcado por la atención, de modo que en la propuesta de ambos tanto lo *consciente* (en tanto sujeto a la atención) como lo *no consciente aperceptivo* (o pensado sin necesidad de la atención) resultan ámbitos regidos por la consciencia. Respecto a lo *inconsciente*, valga lo que de forma resumida señala KASTRUP, «There Is an ‘Unconscious’, but It May Well Be Conscious», *Europe's Journal of Psychology*, (13-3), 2017,

atendido o del *pensar en ello*, sino como aquello que está presente, ya sea porque es atendido (consciente) o porque se da por supuesto (inconsciente dominado)¹⁶⁵.

A poco que se mira la cuestión, tiene razón BUSTOS cuando indica que quienes exigen un conocimiento actual se ven obligados a ampliar tal concepto, intentado no obstante mantenerlo en el ámbito de lo consciente¹⁶⁶. A decir verdad, lo que las *tesis fuerte y débil* de la co-consciencia hacen es ampliar el ámbito semántico de *lo consciente* y, por tanto, al verlo como sinónimo, también el de *lo actual*. Pero no puede decirse que esta ficcionada extensión no suceda en la propuesta de SCHEWE y BUSTOS, pues a fin de garantizar la actualidad señalan que una apercepción no consciente también goza de tal característica. Si *lo no consciente aperceptivo* supone un pensar en ello (sólo que) no acompañado por la atención, entonces no median diferencias con la idea de que se es co-consciente de ello. En ambos casos se intenta afirmar una actualidad, sea no consciente (por no sujeta a la atención) o co-consciente (¡también por no sujeta a la atención!). Por *actual* –como se dijera al inicio de este estudio– *sólo puede entenderse un pensar o poner la atención en la circunstancia típica respectiva, en este caso ya previamente sabida*. De esta manera, *aquello sabido que no se ve acompañado de la atención, es decir, que no es pensado, sólo puede resultar actualizable*. Otra alternativa supone pervertir el concepto mismo de actualidad.

Ahora bien, esto no debe llevar al siguiente error: creer que lo sabido, cuando permanece en el ámbito de lo meramente actualizable, resulta ajeno a la consciencia. Como ya se ha indicado, también lo actualizable conforma un actuar consciente, es parte de la consciencia al realizar el acto, y, por tanto, no puede decirse que al respecto medie una situación de *desconocimiento*. Tal vez un ejemplo de la vida cotidiana sea útil para disipar toda duda. Quien besa a su pareja, seguramente tenga su atención puesta en el acto de besar a la persona que se encuentra frente a él. Al hacerlo, no pensará en el dato «es mi pareja». Tal circunstancia lejos estará de tener una actualidad en consciencia conforme ha sido aquí delimitada. Y sin embargo, nadie se atreverá a decir que, dado que el sujeto no reflexiona sobre ello, de forma consciente simplemente besa a quien tiene en frente y sólo de forma no consciente (o inconsciente) besa a su pareja. Formulado de otro modo: nadie dirá que al realizar el acto *desconocía* que a quien besaba era su pareja. Se trata, incuestionablemente, de un acto consciente de «besar a la pareja», a pesar de que el dato sabido «es mi pareja» resulte para aquél sólo *actualizable*. Lo mismo sucede con quien, no pensando en la circunstancia respectiva, la cual, no obstante, es parte de su acervo de conocimientos, golpea durante una discusión a su padre o abusa de alguien menor de una determinada edad. Lo que SCHEWE y BUSTOS destacan como evidente¹⁶⁷ no es sino un aspecto de *lo consciente pasible de ser actualizado*.

Lo hasta aquí desarrollado, notará el lector, tiene un claro tinte adscriptivista. Al emplearse frases como «nadie se atrevería a decir que...» se está echando mano a aquello que la experiencia general nos provee respecto de un *caso-tipo*. ¿Resulta esto objetable? La realidad es que no, ni en lo que atañe al método, ni en lo que refiere a la verdad de la conclusión aquí sustentada. En cuanto al método, así es que operamos en la vida cotidiana: fundando inferencias en regularidades nómicas. En cuanto a la verdad de la conclusión, ella no presupone adscribir

p. 559: para la psicología profunda, la psiquis humana consta de dos segmentos principales, uno consciente, que comprende aquello accesible por vía introspectiva, y otro inconsciente, no accesible por tal vía pero que influye en los pensamientos, sentimientos y comportamientos conscientes.

¹⁶⁵ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal*, 4.ª ed., 1994, p. 304.

¹⁶⁶ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal*, 4.ª ed., 1994, p. 303.

¹⁶⁷ SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, 1967, p. 115; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal*, 4.ª ed., 1994, p. 304.

estados mentales prescindiendo de su eventual correlato fáctico, sino hacerlo partiendo del cuerpo de saberes que conforman la psicología popular. Y en este contexto, parece claro que a determinadas intervenciones en el mundo suele asignárseles un carácter consciente, incluso admitiendo que el sujeto no piensa en ciertos caracteres que acompañan a su comportamiento. Dicho de forma simple: asumiendo que *lo consciente* abarca mucho más que *lo actual*¹⁶⁸.

Quien permanezca escéptico frente a la eficacia de estas reglas de la psicología popular, bien puede comprobar las inferencias resultantes mediante un método más simple: consultando al interlocutor mismo¹⁶⁹. Retomando el caso de quien besa a su pareja, si al finalizar su acción se le pidiese que la describa, puede apostarse que la respuesta que dará –si el interlocutor es sincero (¿y por qué acaso no habría de serlo aquí?)– será «he besado a mi pareja», y no, en cambio, «he besado a una persona y ahora, actualizando el dato de que es mi pareja, logro advertir que en concreto besé a mi pareja». Y si además se le preguntase si previo a besarla pensó en que se trataba de su pareja, seguramente su respuesta sea un «no» rotundo. Nuevamente: no hay contradicción alguna en afirmar que ciertas circunstancias sabidas hacen parte del actuar consciente, aun siendo simplemente actualizables. Confundir un *no pensar en ello* con un *desconocimiento* sería equiparar la consciencia con respecto a un objeto, que es lo habitualmente requerido para el dolo, con lo que en cambio es la reflexión.

Los ejemplos *del beso* y *del golpe al padre* son de utilidad para seguir precisando lo aquí sugerido: ambos dejan en evidencia que, incluso en los contactos más estrechos, por regla se carece de un pensamiento actual sobre aquello que se sabe. Por ello, tampoco el grado de internalización del dato, conforme propone la *tesis débil* de la co-consciencia, permite salvar el carácter meramente actualizable de lo sabido en estos supuestos¹⁷⁰. A decir verdad, el punto no radica en *cuándo* o *bajo qué condiciones* lo sabido *se actualizará* en consciencia. Se trata de aceptar algo mucho más simple: que además de *lo actual* existe *lo actualizable*, que durante el acto puede permanecer en un nivel *actualizable*, y que, aun siendo *actualizable*, da forma al actuar consciente por ser parte del estado de la *consciencia*. *Lo actual*, en todo caso, es solo el aspecto restante de este estado.

En general, lo aquí propuesto no conduce a resultados prácticos disímiles a los sostenidos en las alternativas previamente estudiadas. Salvo en el ámbito de los saberes prácticos de orden causal, en los casos usualmente citados como problemáticos la doctrina no hace otra cosa que, de una u otra manera, afirmar que lo sabido se presenta a un nivel actual, lo cual le permite tener por satisfecho el elemento cognitivo del dolo. Las formas en que tal conclusión es fundamentada, no obstante, resultan claramente disímiles, pero pueden resumirse de la siguiente manera. Para las *tesis fuerte* y *débil* de la co-consciencia, *lo actual* es siempre consciente, bien por ser objeto de la atención, o bien por ser co-pensado o co-atendido, es decir, por ser co-consciente. Para la tesis de SCHEWE y BUSTOS RAMÍREZ, *lo actual* es siempre un pensar en ello, que puede ser consciente (cuando se ve mediado por la atención), mas también no consciente (si se encuentra guiado por

¹⁶⁸ Por ello, aunque la praxis judicial (que no opera sino de forma adscriptiva) suele incurrir en ficciones al reconducir los casos a estructuras que aluden a un pensamiento actual (i.e., asumiendo ya una representación), la *justificación* que habitualmente brinda es en parte verdadera. La cuestión no radica en rechazar la adscripción como método, sino en ajustar las premisas que fundamentan la inferencia (atributiva de un estado mental). Con ello, dentro de lo que este proceder provee, logra distinguirse su núcleo de verdad de aquello que, en cambio, sólo resulta un exceso (bien basado en un error o en un interés funcionalmente orientado). En este aspecto, el clásico «¿tú lo sabías!» al que la lógica tribunalicia recurre, en el fondo, no refleja otra cosa que un estado permanente de lo sabido en la consciencia. Dicho de otro modo, un «¿tú lo sabes, aunque no pienses en ello!».

¹⁶⁹ También destacando esta alternativa (aun así, falible), GONZÁLEZ LILLO, *InDret*, (2), 2019, pp. 20 s.

¹⁷⁰ En tal sentido, sin embargo, ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5.ª ed., 2020, 12/128.

la apercepción). En cambio, para la propuesta que aquí se ensaya, *lo actual*, en tanto lo atendido o pensado, es siempre consciente, lo mismo que *lo actualizable*, por conformar la acción y estar inmediatamente disponible al pensamiento en caso de dirigirse la atención a ello.

Esta precisión teórica, en todo caso, permite sacar a la luz algo que permanece velado en el tratamiento habitual y que, para mayor claridad, debería ser trasladado a la conceptualización del dolo: que cuando se trata de circunstancias sabidas al momento de actuar, en la práctica, y más allá de la explicación que se brinde, no se requiere más que su carácter *actualizable*. La *Fórmula* de BOCKELMANN, si se la reduce al punto aquí en análisis, reproduce de forma perfecta el pensamiento oculto detrás de la temática: el presupuesto cognitivo del dolo se ve ya satisfecho si aquello que el autor *sabe* devendría actual en caso de hacerlo objeto de la reflexión¹⁷¹.

6. Conclusiones

Los puntos fundamentales de este estudio pueden resumirse de la siguiente manera:

- 1) A pesar de que la doctrina continúa afirmando que el dolo requiere una consciencia *actual* de los elementos del tipo, las matizaciones que luego introduce son significativas de que este postulado, más allá de lo declarativo, no es seguido a pies juntillas. Una consciencia actual, en todo caso, demanda que la atención del sujeto se dirija hacia el objeto, que se piense en él, lo cual, aplicado de forma coherente, lleva a soluciones axiológicamente inadmisibles.
- 2) En la discusión sobre la actualidad de la consciencia, la doctrina, con su habitual y automático recurso a la *co-consciencia*, suele pasar por alto que el problema afecta a dos planos de la cognición disímiles, cada uno de los cuales demanda un específico aparato teórico para su correcto tratamiento. En este sentido, el ámbito de aplicación de la doctrina de la *co-consciencia* es más restringido de lo que tiende a pensarse.
- 3) El primer plano es el del *acceso al objeto a ser conocido durante el acto*, el cual, contrariamente a lo que podría pensarse, no requiere un pensamiento mediado por el lenguaje. Los seres humanos somos capaces de comprender las cosas de forma gráfica, es decir, sin la necesidad de re-representárnoslas a través de las palabras. La actualidad de la consciencia, como exigencia habitual para el dolo, se encuentra garantizada tanto en el pensamiento intelectual-lingüístico, como en el pensamiento intelectual-material (o gráfico).
- 4) El segundo plano es el de *aquello ya sabido al momento de actuar*. Los recursos empleados para intentar recrear una *actualidad* en lo sabido (léase: la co-consciencia o la no consciencia aperceptiva) no culminan sino derivando en una versión ficcionada e innecesaria de *lo actual*. Ficcionalizada porque *lo actual* es aquello –y sólo aquello– sobre lo que se pone el foco de atención. Innecesaria porque en este ámbito basta con que el saber resulte *actualizable*, es decir, con que el sujeto pueda pensar, reflexionar, poner la atención en aquel saber que *dota de sentido* a su actuar *consciente* y le resulta de *fácil acceso*. *Lo actualizable*, en este sentido, también forma parte de la *consciencia*, al igual que *lo actual*. El punto a aclarar es que, tratándose de un dato que el sujeto ya posee, en modo alguno supone un conocimiento de carácter potencial. Conocimiento potencial y posibilidad de actualizar lo sabido no significan lo mismo. Lo actualizable, en todo caso, no implica un mayor esfuerzo de reflexión: se trata de aquel saber siempre disponible, si es que la atención es puesta en la dirección correcta.

¹⁷¹ BOCKELMANN, *GS Radbruch*, 1968, pp. 254 s. (sin cursivas en el original).

5) Sea que se trate de circunstancias *a conocer* durante el acto o de circunstancias *ya sabidas* al actuar, mientras los presupuestos de los puntos anteriores se vean satisfechos, sólo erróneamente podrá hablarse de un desconocimiento. Sin embargo, en aras a evitar equívocos y eludir ficciones innecesarias, sería recomendable que los estudios que en un futuro aborden el tema concedan sin más lo siguiente: *el elemento cognitivo del dolo demanda una consciencia actual (gráfica o lingüística) de aquello a conocer durante el acto, pero sólo una consciencia actualizable de aquello ya conocido al momento de actuar*. En todo caso, más que una consciencia actual, lo que en el fondo se requiere no es sino *un actuar en consciencia* de la circunstancia típica en cuestión.

7. Bibliografía

- BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte General*, 2.^a ed., Hammurabi, Ciudad de Buenos Aires, 1999.
- BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 2-2, 2.^a ed., Felix Meiner, Leipzig, 1916.
- BOCKELMANN, «Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie», en KAUFMANN, A. et al. (eds.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1968, pp. 252-259.
- BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1994.
- CARPZOV, *Practicæ novæ imperialis saxonicae*, 2.^a ed., Michaelis Wendt Editor, Wittebergæ, 1646.
- CLARIÁ OLMEDO, *Derecho procesal penal*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.
- CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2.^a ed., Bdef, Ciudad de Buenos Aires, 2005.
- DE COVARRUBIAS Y LEYVA, *Opera Omnia*, t. I, Ioannem Feyrabendt, Francoforti ad Mœnum, 1599.
- DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- ENGISCH, «Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (70-4), 1958, pp. 566-615.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
- FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze*, 18.^a ed., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1931.
- , *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Alfred Töpelmann, Giessen, 1907.
- FREUND, *Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“*, C. F. Müller, Heidelberg, 1987.
- FRISCH, «Vorsatz und Mitbewußtsein - Strukturen des Vorsatzes», en DORNSEIFER/HORN (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, pp. 311-350.
- , *Vorsatz und Risiko*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983.

GIMBERNAT ORDEIG, «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, (40-3), 1987, pp. 579-607.

GRECO, «Objektive Zurechnung als Vorsatzgegenstand? Überlegungen aus Anlass des BGH-Urteils zum Göttinger Transplantationsskandal (BGHSt 62, 223)», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2018, pp. 539-548.

———, «Dolo sem vontade», en RAPOSO *et al.* (orgs.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º Aniversário*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 885-903.

GONZÁLEZ LILLO, «(Re)consideraciones sobre la llamada imprudencia “inconsciente”», *InDret*, (2), 2019, pp. 1-42.

HAUSER, «Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz», *Der Gerichtssaal*, (54), 1897, pp. 161-185.

HEIMS, «Zur Lehre vom Schuldbegriff», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (40), 1919, pp. 743-769.

HELMI, *Die Tötungshemmschwelle als Indiz zur Begründung bedingten Vorsatzes*, Kovač, Hamburg, 2012.

JAKOBS, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020.

———, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., de Gruyter, Berlin, 1991.

JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

JOECKS/KULHANEK, «§ 16», *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 4.^a ed., C. H. Beck, München, 2020.

KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1993.

KASTRUP, «There Is an ‘Unconscious’, but It May Well Be Conscious», *Europe's Journal of Psychology*, (13-3), 2017, pp. 559-572.

KLEB-BRAUN, «Codekartenmißbrauch und Sparbuchfälle aus „Volljuristischer“ Sicht – 2. Teil: Die Anwendbarkeit des Betrugstatbestandes und die „Krise des Innern“ im Strafrecht –», *Juristische Arbeitsblätter*, 1986, pp. 310-321.

KLEE, «Vorsatz und Triebhaftigkeit der Handlung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (48), 1928, pp. 1-10.

KÖHLER, M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin-Heidelberg, 1997.

———, «Vorsatzbegriff und Bewußtseinsform des Vorsatzes», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1981, pp. 285-300.

KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8.^a ed., Franz Vahlen, München, 2017.

LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 26.^a ed., C. H. Beck, München, 2007.

- LACKNER/KÜHL/HEGER, *Strafgesetzbuch*, 30.^a ed., C. H. Beck, München, 2023.
- LENCKNER/EISELE, «Vor. §§ 13 ff.», en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch*, 27.^a ed., C. H. Beck, München, 2006.
- LEVY, *Consciousness and Moral Responsibility*, Oxford University Press, New York, 2014.
- LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.
- MAURACH/ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 8.^a ed., C. F. Müller, Heidelberg, 1992.
- MAYER, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1967.
- MEZGER, *Strafrecht: Ein Lehrbuch*, 3.^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1949.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 11.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- NAU, *Die Bewußtseinsform bei normalpsychologischen Affekttaten: Ein Vorsatzproblem?*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2001.
- OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 7.^a ed., de Gruyter, Berlin, 2004.
- PERALTA, «El error inexcusable: fundamentos filosóficos y regulación positiva», en VICENTE REMESAL *et al.* (eds.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, v. I., Reus, Madrid, 2020, pp. 905-916.
- PÉREZ BARBERÁ, «¿Dolo como indiferencia? Una discusión con Michael Pawlik sobre ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada», *En Letra: Derecho Penal*, (VI-11), 2021, pp. 91-139.
- , «Prueba legítima y verdad en el proceso penal I», *Isonomía*, (52), 2020, pp. 5-29.
- , *El dolo eventual*, Hammurabi, Ciudad de Buenos Aires, 2011.
- PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, Springer, Viena, 1964.
- PUPPE, «§ 15», en KINDHÄUSER/NEUMANN *et al.* (eds.), *NomosKommentar. Strafgesetzbuch*, t. I, 6.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2023.
- , «§ 16», en KINDHÄUSER/NEUMANN *et al.* (eds.), *NomosKommentar. Strafgesetzbuch*, t. I, 6.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2023.
- , «§ 15», en KINDHÄUSER/NEUMANN *et al.* (eds.), *NomosKommentar. Strafgesetzbuch*, t. I, 3.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2009.
- RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007.
- , *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999.
- RENGIER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 14.^a ed., C. H. Beck, München, 2022.
- RINCK, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.

ROHRACHER, *Einführung in die Psychologie*, 8.^a ed., Urban & Schwarzenberg, Viena-Innsbruck, 1963.

ROXIN, «Literaturbericht. Allgemeiner Teil», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (78-1/2), 1966, pp. 214-262.

ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 5.^a ed., C. H. Beck, München, 2020.

ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch*, 30.^a ed., C. H. Beck, München, 2022.

RUDOLPHI, «§ 16», en EL MISMO/HORN *et al.*, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 5.^a ed., Alfred Metzner, Neuwied-Frankfurt am Main, 1989.

———, *Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, Schwartz, Göttingen, 1969.

RUDOLPHI/STEIN, «§ 16», en WOLTER (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 8.^a ed., Carl Heymanns, Köln, 2012.

SÁNCHEZ-MÁLAGA, «La expansión del derecho penal en el ámbito de la imputación subjetiva», en GÓMEZ MARTÍN *et al.* (dirs.) *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pp. 893-907.

SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, Luchterhand, Berlin, 1967.

SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Studienbuch*, 2.^a ed., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1984.

———, *Einführung in das Strafrecht*, 2.^a ed., Westdeutscher, Opladen, 1984.

———, «Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins», en GEERDS/NAUCKE (eds.), *Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966, pp. 317-338.

SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 11.^a ed., C. H. Beck, München, 1963.

———, *Strafgesetzbuch*, 9.^a ed., C. H. Beck, München, 1959.

SCHOOLER, «Re-representing consciousness: dissociations between experience and meta-consciousness», *Trends in Cognitive Sciences*, (6-8), 2002, pp. 339-344.

SCHROEDER, «§ 16», en JÄHNKE/LAUFHÜTTE *et al.* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. I, 11.^a ed., de Gruyter, Berlin, 2003.

SCHÜTZ, *Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt*, Julius Springer, Viena, 1932.

SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal. Parte general*, Aranzadi La Ley, Madrid, 2025.

———, «Sobre los movimientos “impulsivos” y el concepto jurídico-penal de acción», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (44-1), 1991, pp. 1-23.

———, «Revista de Revistas. Recensión a Schünemann», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (40-2), 1987, pp. 537-548.

———, «La función negativa del concepto de acción», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (39-3), 1986, pp. 905-933.

STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, «§ 15», en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch*, 30.^a ed., C. H. Beck, München, 2019.

STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 4.^a ed., Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 2000.

———, «Unbewußte Finalität?», en STRATENWERTH *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, de Gruyter, Berlin, 1974, pp. 289-305.

STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Straftat*, 6.^a ed., Franz Vahlen, München, 2011.

TARUFFO, «Verdad y proceso», en EL MISMO, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D. F., 2013, pp. 13-30.

VERREL, «(Noch kein) Ende der Hemmschwellentheorie?», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2004, pp. 309-312.

VOGEL/BÜLTE, «Vor. § 15 ff.», en CIRENER/RADTKE *et al.* (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. I, 13.^a ed., de Gruyter, Berlin, 2020.

———, «§ 15», en CIRENER/RADTKE *et al.* (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. I, 13.^a ed., de Gruyter, Berlin, 2020.

V. HIPPEL, «Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum», en BIRKMEYER *et al.* (eds.), *Vergleichende Darstellung*, Band III, Otto Liebmann, Berlin, 1908, pp. 373-599.

V. WICK, «Beiträge zur richtigen Auffassung des Wesens des Vorsatzes», *Archiv des Criminalrechts*, (4), 1857, pp. 572-625.

WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11.^a ed., de Gruyter, Berlin, 1969.

———, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, N. G. Elwert, Marburg, 1964.

———, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 8.^a ed., de Gruyter, Berlin, 1963.

———, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 6.^a ed., de Gruyter, Berlin, 1958.

———, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 3.^a ed., de Gruyter, Berlin, 1954.

WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 53.^a ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2023.

WIMMER, «Über das Fehlen des Bewußtseins von Tatbestandsmerkmalen bei ungeordneten Triebhandlungen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (49), 1929, pp. 675-687.

———, «Über die Bestrafung triebhaften Handels», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (47), 1927, pp. 101-136.

WYER JR., «Some determinants and consequences of beliefs», en ALBARRACÍN/JOHNSON (eds.), *The Handbook of Attitudes*, 2.^a ed., v. I, Routledge, New York, 2019, pp. 332-376.

José Luis Díez Ripollés
Universidad de Málaga

La criminología entre las ciencias penales

Sumario

El estudio se ocupa de analizar los contenidos que se atribuyen a cada una de las tres ciencias penales más importantes, la política criminal, el derecho penal y la criminología, con especial atención a esta última. Describe las propuestas procedentes del ámbito jurídico, para luego analizar las procedentes del discurso criminológico. Se concluye la primera parte con una propuesta personal, en la que se aprovecha para aclarar la postura del autor en debates precedentes. La segunda parte del trabajo pone de relieve la importante contribución de la criminología española reciente al debate sobre el control social penal, las insuficiencias que aún muestra, singularmente en el abordaje de ciertos temas, y los desafíos que tiene por delante dentro de sí y en relación con las otras ciencias penales.

Abstract

The study analyses the epistemological content attributed to each of the three most important criminal sciences: criminal policy, criminal law and criminology, with particular attention to the latter. It describes proposals from the legal sphere, before analyzing those from criminological discourse. The first part concludes with a personal proposal, which additionally clarifies the author's position in previous debates. The second part of the work highlights the important contribution of recent Spanish criminology to the debate on crime control, the shortcomings it still shows, particularly in its approach to certain issues, and the challenges it faces within itself and in relation to other criminal sciences.

Title: Criminology among the criminal sciences

Palabras clave: Criminología, ciencias penales, epistemología, criminología española

Keywords: Criminology, criminal sciences, epistemology, Spanish criminology

DOI: 10.31009/InDret.2026.i2.09

2.2026

Recepción

12/01/2026

-

Aceptación

16/03/2026

-

Índice

-

1. El debate sobre el encuadre de la criminología en las ciencias penales

1.1. La visión desde los enfoques jurídicos

1.2. La visión desde la criminología

1.3. Una propuesta de delimitación y cooperación entre las ciencias penales

2. La contribución de la criminología española a las ciencias penales

2.1. La relevancia obtenida por la criminología española

2.2. Algunas insuficiencias de la criminología española

3. Los desafíos que afronta la criminología española en el marco de las ciencias penales

3.1. La coordinación con el resto de las ciencias penales

3.2. La integración del debate iberoamericano

3.3. Posibles cambios de interés en las ciencias penales

4. Bibliografía

-

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

1. El debate sobre el encuadre de la criminología en las ciencias penales¹

1.1. La visión desde los enfoques jurídicos

a. Para v. Liszt, uno de los primeros y más destacados impulsores del concepto de ciencias penales, la criminología ocupaba un lugar destacado dentro de ellas. Constituía una de las tres disciplinas fundamentales, junto a la política criminal y la dogmática, y sin perjuicio de otras de menor relevancia, como la penología.

La política criminal era la encargada de diseñar estrategias eficaces de lucha contra la delincuencia, por más que esas estrategias las enfocaba nuestro autor en los efectos a lograr con la pena y la medida de seguridad en los delincuentes individuales. Ello le llevaba a poner toda su atención en el delincuente, más que en el delito cometido, y a preguntarse por cuáles eran los factores individuales y sociales que le habían conducido a delinquir. Semejante aproximación epistemológica suponía relevantes restricciones en las tareas a desempeñar por la política criminal: Por un lado, quedaban fuera de ella y de las ciencias penales, aun cuando era muy consciente de su excepcional importancia en la prevención de la delincuencia, las actuaciones de política social que se ocupan de contrarrestar los factores sociales generadores de delincuencia. Por otro lado, renunciaba a atribuir a la política criminal la misión de precisar cuáles deberían ser los intereses o bienes sociales cuya salvaguarda debía enmarcar la intervención penal, y cuáles las conductas que los afectaban de manera significativa. Tampoco había de determinar el sistema de responsabilidad, encargado de imputar tales conductas a determinadas personas, los delincuentes. La elección de los contenidos de tutela y la configuración de la responsabilidad penal quedaban plenamente en manos de la voluntad del legislador².

La dogmática del derecho penal, por su parte, tenía dos tareas claramente definidas, estrechamente vinculadas al derecho penal producido por el legislador: debía desarrollar una técnica de interpretación de las previsiones de las leyes penales acorde con parámetros de razonabilidad y predictibilidad, y habría de ser capaz de construir un edificio conceptual que diera a los componentes de tutela, de responsabilidad y de sanción vigentes en el derecho penal una coherencia lógica y sistemática que reforzara su legitimidad.

La criminología se habría de ocupar fundamentalmente de averiguar las causas del delito y los efectos que se pueden lograr con las sanciones penales. Lo primero, atendiendo a sus causas psicológico-individuales y sociales, lo segundo diseñando penas y medidas de seguridad cuya imposición y ejecución fuera especialmente eficaz para prevenir en el futuro las conductas delictivas de las personas sancionadas. El fuerte componente transformador de la criminología se aprecia fácilmente si observamos que para nuestro autor la política criminal no era

¹ No es objetivo de este trabajo problematizar el concepto de «ciencia» referido a las disciplinas penales a las que nos vamos a referir. Se lo atribuimos a todas ellas en un sentido amplio, sin mayor profundización en él, y sin perjuicio de recoger algunas afirmaciones al respecto de autores que vamos a comentar e incluso algún matiz por nuestra parte, que se verán en su lugar. A título ejemplificativo, sobre el carácter científico de las ciencias sociales, Beltrán (1979), *passim*; sobre el carácter científico del derecho y de la dogmática jurídica, Atienza Rodríguez (1991, pp. 185-304; 2025, pp. 28-33, 45-54); sobre el carácter científico de la ciencia del derecho penal o dogmática penal, Bacigalupo Zapater (1989, pp. 459-466); Morillas Cueva (1990, pp. 11-39); Silva Sánchez (1992, pp. 149-162; 2025, pp. 544-546); sobre el carácter científico de la criminología, García Pablos (2014, pp. 54-74).

² También, ciertamente, el sistema de sanciones, pero este condicionado por las aportaciones de la política criminal.

inicialmente más que una parte, indiferenciada, de la criminología, de la que posteriormente se independiza (Díez Ripollés, 2018).

b. El punto de vista de Roxin es significativamente distinto, y se caracteriza por una concepción de la dogmática del derecho penal capaz de fagocitar en buena medida a la política criminal y a la criminología. Ello se aprecia ya cuando establece el elenco de disciplinas que pertenecen a las ciencias penales: Derecho penal, derecho procesal penal, derecho de determinación de penas, derecho de ejecución penas, derecho penal juvenil, y criminología. Como se puede apreciar, la política criminal ni siquiera es mencionada y la criminología aparece como la única disciplina empírica frente al resto de disciplinas normativas.

A su juicio, es fundamentalmente por intermedio de las tareas propias de la dogmática, a saber, la interpretación, conceptualización y sistematización del derecho penal vigente, como se logra luchar eficazmente contra el delito y el delincuente. Esa dogmática, que pone especial énfasis en el sistema de responsabilidad, nos pondrá de manifiesto, además, medios aún más eficaces para esa prevención de la delincuencia, y, por consiguiente, resultará determinante en la configuración del nuevo derecho penal por parte del legislador.

La criminología la concibe como una ciencia auxiliar de la dogmática del derecho penal. En principio, le atribuye las misiones tradicionales: el conocimiento de las causas de la criminalidad, y de las vías más adecuadas para reconducir al delincuente a la obediencia del derecho³. Pero enseguida se percibe que el interés de la criminología para las ciencias penales está muy condicionado por las necesidades de las disciplinas normativas. Así, la dogmática del derecho penal, que constituye la ciencia nuclear de todas ellas, marca el programa de la criminología. Es cierto que en sus primeros escritos el autor entiende que el presupuesto de las decisiones valorativas del legislador que darán lugar al derecho penal descansa sobre la realidad empírica sacada a la luz por la criminología⁴. Pero a medida que progresa en la conformación del sistema teleológico-funcional del derecho penal, son los criterios valorativos rectores del derecho penal, en especial de sus sistemas de responsabilidad y de sanciones, los que acotan cada vez más la realidad empírica relevante para el derecho penal. En consecuencia, la criminología ha de procurar seleccionar y presentar la realidad empírica de acuerdo con lo que tenga significado para las decisiones valorativas jurídico-penales, a cuya validación está tal realidad en gran medida destinada. Puede suceder, no obstante, que esa realidad empírica se resista a encajar en tales construcciones valorativas; eso obligará a descomponer tales criterios valorativos hasta niveles casuistas, de modo que finalmente la realidad empírica se acomode en la construcción conceptual.

La política criminal constituye un cajón de sastre donde se acumulan muy diversos criterios valorativos surgidos de la interpretación del derecho penal, del contenido de textos jurídicos de referencia complementarios, y del consenso jurídico-penal ilustrado. Todos ellos están destinados a ser utilizados por la dogmática en su labor aplicadora y creadora del derecho penal. En suma, la política criminal pasa a ser una parte de la dogmática. Esa idea de la política criminal conlleva su vaciamiento epistemológico. Yendo de más a menos, la política criminal deja de vincularse a las políticas públicas, la política criminal deja de jugar su papel en la creación y

³ En algún otro lugar, siguiendo a Kaiser, G, sostiene que su objeto es el delito, el delincuente, las actitudes sociales hacia el delito y el control de la delincuencia.

⁴ Y, ocasionalmente establecerá la secuencia lógica de criminología, política criminal, derecho penal.

configuración del derecho penal, y la política criminal centra sus aportaciones en el sistema de responsabilidad, sin apenas atención a la determinación de los intereses que debe ser tutelados ni a la estructuración del sistema de sanciones (Díez Ripollés, 2021).

c. Este debate ha continuado, de manera especial centrado en las relaciones entre dogmática del derecho penal y política criminal.

Así, Binder (2023, pp. 67-23) asigna a la política criminal la tarea de buscar la eficacia en la lucha contra la delincuencia, mientras que su antagonista sería la política de derechos humanos. De esta, encargada de asegurar el respeto de las garantías individuales, se ocuparía especialmente la dogmática del derecho penal y, en cualquier caso, el legislador penal. Por su parte, una escuela de pensamiento representada por Silva Sánchez (2018, pp. 26-28, 54, 57-59; 2025, 514-515, 542, 548-549), Robles Planas (2012, pp. 19-21, 47; 2023, pp. 373-374) y Sánchez-Ostiz (2012, pp. 26-42, 87-96) defiende una política criminal plenamente integrada en la dogmática del derecho penal, de la que constituiría un componente con fines específicos. Para Silva la política criminal aporta el enfoque de *lege ferenda* de la dogmática del derecho penal; para Sánchez-Ostiz se ocupa de identificar los criterios normativos configuradores del derecho penal; para Robles, los principios que deben regir a la política criminal, lo que llama la dogmática de la política criminal, surgen de la reflexión dogmática que arranca de la interpretación de la ley. En cualquier caso, para todos ellos la tarea fundamental de la política criminal es identificar los principios rectores del derecho penal, lo que se ha llamado por Mañalich (2018) un enfoque principialista. No falta quien, como Miró Llinares (2022, pp. 161-163, 172-173, 176-183; 2023, pp. 698, 703), habiendo partido de un enfoque integrador de la política criminal en la dogmática, denominando a aquella dogmática creadora, ha evolucionado luego hacia una concepción en que una política criminal autónoma pasa a ser la disciplina central de las ciencias penales.

1.2. La visión desde la criminología

a. Pero dejemos por el momento este último debate, sobre el que volveremos más adelante, y preguntémonos cómo se percibe el asunto que tratamos desde la criminología.

Los criminólogos muestran en estos momentos poco interés por el papel epistémico de su disciplina entre las ciencias penales. Las referencias al elenco de ciencias penales propuesto por v. Liszt, seguido de un modo u otro por numerosos penalistas, son escasas y suelen estar presentes en algunos criminólogos de procedencia jurídica (García Pablos, 2014, pp. 239-244)⁵. En términos epistemológicos, la principal preocupación de los criminólogos ha sido afirmar la autonomía de la criminología frente a otras disciplinas científico-sociales como la sociología y la psicología, al tiempo que tomar postura sobre el calificativo de ciencia interdisciplinaria que se le pretende asignar (García Pablos, 2014, pp. 63-74; Göppinger (Bock), 2008, pp. 37-40; Kaiser, 1996, p. 6; Larrauri Pijoan, 2018, pp. 27-28; Loader y Sparks, 2012, pp. 5-6, 10-11, 18-19; Redondo Illescas y Garrido Genovés, 2023, pp. 25-27, 30-31; Serrano Maíllo, 2009, pp. 57-59).

En ese contexto, la explícita o implícita subordinación de la criminología a la ciencia o la dogmática del derecho penal, que expresan con frecuencia los penalistas, suscita un claro

⁵ Una notable excepción es Kaiser (1996, pp. 4-5), si bien no se remite al concepto liszteano de «gesamte Strafrechtswissenschaft» sino al más neutral de «Kriminalwissenschaften». Una temprana crítica a esa pretensión liszteana en Seelig (1958, pp. 41-43).

rechazo. Más bien la criminología, consciente de su autonomía, reivindica superar los límites que le pretende marcar el derecho penal, de lo que son dos buenos ejemplos el permanente debate sobre el concepto de delito a utilizar, o incluso si este concepto debe ser sustituido por el de desviación social, y la relevancia otorgada al control social informal (García Pablos, 2014, pp. 85-99; Göppinger (Bock), 2008, pp. 3-5; Kaiser, 1996, pp. 9, 207-235, 315-325, 353-355; Larrauri Pijoan, 2018, pp. 16-17, 19-20; Newburn, 2009, pp. 6-11; Redondo Illescas y Garrido Genovés, 2023 pp. 25-27, 32-36, 38-40; Serrano Maíllo, 2009, pp. 68-79).

Por lo demás, la criminología deja a esa ciencia del derecho penal poco más que los aspectos normativos e institucionales del control social formal penal, y aun respecto de esas instituciones de control formal reivindica para sí el análisis de su funcionamiento práctico (Göppinger (Bock), 2008, pp. 44-45; Kaiser, 1996, pp. 3-4, 6-8; Larrauri Pijoan, 2018, pp. 20, 25-26; Lacey y Zedner, 2012, pp. 160, 164)⁶. En esas condiciones, la política criminal tiene serias dificultades para mantener su autonomía frente a una criminología que, cuanto más influida por una visión anglosajona, más se ve como una ciencia comprehensiva del conjunto de saberes que previenen la delincuencia⁷.

b. Un ilustrativo ejemplo de tal actitud nos lo suministran Loader y Sparks (2011). Estos autores insertan el actual debate público sobre política criminal en el marco de cinco modernos enfoques criminológicos. Estos pueden ser traducidos libremente como el empírico, el experto, el oficial, el crítico y el político. Así, según la corriente criminológica en la que nos desenvolvamos, ocuparán el primer plano unas u otras propuestas político-criminales: Común a la criminología empírica, la experta y la oficial sería la confianza en la fuerza inmanente a los datos empíricos, la importancia del respeto a las garantías individuales, la relevancia de los enfoques preventivos no punitivos, y el conveniente aislamiento de la política criminal del debate público. La criminología crítica, por su parte, prestaría especial atención a los nuevos daños sociales descuidados por las élites y a modos alternativos de administración de justicia, mientras que la criminología política centraría su discurso en insertar dentro de análisis macrosociales los profundos cambios que se registran en el discurso y práctica penales (Loader y Sparks, 2011, pp. 26-37, 71-114).

A su vez, la específica propuesta que Loader y Sparks hacen sobre los contenidos epistemológicos que corresponden a lo que pasan a denominar criminología pública es una clara muestra de ese afán comprehensivo de la criminología. Hablan de tres dimensiones o momentos de esta, el momento del descubrimiento, el crítico-institucional y el normativo. Corresponderían, respectivamente, a la generación de conocimiento empírico, al análisis y conocimiento de los rasgos del debate político-criminal, y a la incorporación de reflexiones sobre el significado de la justicia, del castigo proporcionado y de las garantías individuales. Asentado en esos tres pilares, el criminólogo ha de implicarse en el discurso público sobre la prevención de la delincuencia, no exigiendo una posición de privilegio, pero sí reivindicando un debate racional y argumentado,

⁶ Las formulaciones amplias del ámbito epistemológico de la criminología se pueden ya retrotraer a Sutherland en los años 30 del pasado siglo; véanse Sutherland, Cressey y Luckenbill (1992, pp. 3-5, 17-19).

⁷ Véanse diferentes aproximaciones a la relación entre criminología y política criminal, desde una mayor a una menor autonomía atribuida a esta última, en García Pablos (2014, pp. 239-244); Kaiser (1996, pp. 1069-1078); Serrano Maíllo (2009, p. 35); Larrauri Pijoan (2018, pp. 29-31, 209); Göppinger (Bock) (2008, pp. 45-46); Medina y Barberet (2023), *passim*; Larrauri Pijoan y Cid Moliné (2023, pp. 29-31); Redondo Illescas y Garrido Genovés (2023, p. 84); Lacey y Zedner (2012, pp. 163, 175-178); Loader y Sparks, inmediatamente *infra*.

fundado en una política criminal deliberativa (Loader y Sparks, 2011, pp. 115-133, 143-146; ulteriores reflexiones en 2012, pp. 16-20, 26-33).

No resulta difícil captar cómo la criminología pública propuesta por estos autores abarca dentro de sí, no solo la criminología, sino también a la política criminal y a la ciencia del derecho penal⁸, en un contexto, por lo demás, en el que la política criminal constituye la referencia predominante⁹.

Sin perjuicio de mi opinión sobre la relación entre las tres disciplinas, que pasaré a exponer unas líneas más abajo, estimo que un planteamiento como el de Loader y Sparks no capta debidamente las diferencias epistémicas entre ciencias empíricas (criminología), ciencias normativas (dogmática de derecho penal), y técnica política (política criminal); pues no parece que la criminología tenga las habilidades ni la capacidad para atender los tres frentes. Aunque los autores sí comprenden bien el papel central que corresponde a la política criminal.

Más allá de eso, conviene advertir que una criminología autosuficiente terminará fácilmente por desconectar del mundo experto jurídico; de hecho, la propuesta que hemos visto quizás solo sea contextualmente comprensible a partir de una desconexión ya producida. Y eso permite anticipar dificultades para influir sobre el legislador, que es en último término el principal diseñador de la política criminal. Luego volveremos sobre este asunto.

1.3. Una propuesta de delimitación y cooperación entre las ciencias penales

a. La exposición de mi postura personal sobre el papel de la criminología entre las ciencias penales debe arrancar de la consideración de la política criminal como el eje de estas, por más que ella no es propiamente una ciencia sino una técnica política.

La *política criminal*, en el marco del control social penal, ha de establecer los objetivos a conseguir, los programas de intervención penal a desarrollar en función de ellos, y las estrategias adecuadas para llevarlos a cabo. Todo ello en el marco de una política pública, la política criminal¹⁰, que necesita para su concreción de conocimientos empíricos y normativos, suministrados en su mayoría por la criminología y por la dogmática o ciencia del derecho penal; que precisa para su puesta en práctica de diferentes instrumentos de intervención social, singularmente del derecho penal; y cuya implementación no es posible sin la participación de agentes sociales de muy diversa naturaleza (legisladores, policías, jueces, funcionarios penitenciarios o de ejecución de penas, trabajadores sociales, gestores...) con conocimientos, en especial jurídicos y criminológicos, en diferente medida.

⁸ Quizás, respecto a esta última, con la excepción de su componente jurisdiccional.

⁹ Una valoración global de la postura de estos autores en Larrauri Pijoan (2018, p. 29); Medina y Barberet (2023, pp. 1811, 1813).

¹⁰ Sobre la cuestión de si la política criminal es una política pública más, o si tiene algún elemento específico que obliga a considerarla de forma diferenciada del resto de políticas públicas, véanse referencias en Díez Ripollés (2024, pp. 2-3).

En ese sentido, son tareas de la política criminal:

- Configurar el programa sustantivo penal, es decir, determinar los intereses a proteger por el derecho penal y la intensidad de su protección, determinar el sistema de exigencia y verificación de responsabilidad, determinar el sistema de sanciones, su imposición y ejecución, deslindar este programa de otros programas sustantivos de intervención social.

- Configurar el programa operativo penal, esto es, construir y estructurar las diferentes instituciones de control penal y sus agentes. Ello implica distribuir funciones y competencias, y establecer criterios de actuación, entre las diferentes instituciones de control social penal, y regular el funcionamiento de los diferentes agentes del control social penal, desde el legislador hasta los agentes de ejecución de sanciones, pasando por la policía y la jurisdicción, entre otros.

- Configurar el programa sustantivo y operativo extrapenal, a saber, las funciones, competencias y criterios de actuación de las instituciones oficiales o sociales auxiliares del control social penal. Entre las primeras cabe destacar diferentes órganos del ejecutivo, así como la jurisdicción civil y administrativa. Entre los segundos, las organizaciones sociales de voluntariado, no gubernamentales o de carácter privado activas en este ámbito¹¹.

- Promover estrategias de ejecución y puesta en práctica de esos programas mediante su concreción en un determinado modelo político-criminal. Lo que necesariamente supondrá priorizar ciertos contenidos programáticos frente a otros (más ampliamente en Díez Ripollés, 2024, pp. 2-9).

b. La *criminología* por su parte, aporta conocimientos empíricos y técnicas para diseñar y desarrollar la política criminal. Más allá de las definiciones habituales sobre el objeto de la criminología¹², propongo una clasificación centrada en el contenido de sus tareas que, sin contradecir las anteriores enumeraciones, las amplía y las precisa:

- Conocimiento empírico sobre los comportamientos socialmente dañosos. Este conocimiento ha de posibilitar decisiones normativas fundadas sobre los intereses a proteger y los delitos a configurar.

- Conocimiento empírico del fenómeno delictivo y sus causas, así como del delincuente y los factores que lo determinan.

- Desarrollo de técnicas de prevención primaria y secundaria.

¹¹ Se precisa, además, una específica configuración del componente normativo de cualesquiera de esos programas, esto es, de las disposiciones jurídicas de carácter general que los integran. Para ello, se han de establecer determinados patrones procedimentales y discursivos que busquen asegurar la racionalidad en la toma de decisiones normativas. Sobre el tema, por todos, Díez Ripollés (2013), *passim*.

¹² La formulación sintética usual habla de que se ocupa de las conductas delictivas y de las reacciones sociales a ellas. En Europa, una fórmula analítica extendida habla de que atiende a los delitos, los delincuentes, las víctimas y el sistema penal o de control penal. Véanse García Pablos (2014, pp. 55, 79-84); Kaiser (1996, pp. 1-2); Larrauri Pijoan (2018, pp. 15-23), con específica mención de las sanciones; Redondo Illescas y Garrido Genovés (2023, pp. 25, 27, 32); en términos más vagos, las concepciones anglosajonas, desde Sutherland – véase Göppinger (Bock) (2008, p. 2) –, hablan de que incluye los procesos de elaboración de leyes, infracción de esas leyes y reacciones a la infracción de esas leyes, Sutherland, Cressey y Luckenbill (1992, pp. 3, 19), concepción que influye en Serrano Maíllo (2009, pp. 33-39).

- Conocimiento empírico sobre los elementos que configuran el juicio de responsabilidad penal y su verificación, así como sobre las técnicas que permiten acreditarlos judicialmente. Este conocimiento ha de facilitar las decisiones normativas correspondientes de naturaleza material y procesal.

- Optimización de los efectos de la reacción penal, aportando conocimiento empírico al diseño del sistema de sanciones y desarrollando técnicas que potencien la prevención terciaria en la ejecución de las sanciones penales.

- Optimización de las instituciones y agentes del control social penal, mediante la aportación de conocimiento empírico sobre el funcionamiento y modo de operar de ellas mismas y de sus agentes, al igual que a través del desarrollo de técnicas que puedan mejorar sus prestaciones.

- Conocimiento empírico de las víctimas de los delitos y desarrollo de técnicas para la atención de sus intereses y necesidades.

c. Finalmente, la *penalística* aporta conocimientos normativos y técnicas para diseñar y desarrollar la política criminal. Se podrá observar que propongo sustituir en este momento los términos *dogmática* o *ciencia del derecho penal* por otro término que me parece más adecuado¹³. El término *dogmática del derecho penal* es un significante que tiene dos inconvenientes asociados a su significado en direcciones contrapuestas. Por un lado, es demasiado restrictivo, pues tiende a vincular la reflexión jurídico-penal al derecho vigente susceptible de interpretación, entendido como dogma; por otro lado, es demasiado amplio, pues las reflexiones principales, ajenas al derecho penal vigente, que legítimamente se realizan en su seno, tienden a hacerse pasar como incontrovertibles, apoyándose justamente en un determinado significado del concepto de dogma, como certeza racional¹⁴. Por otro lado, el término *ciencia del derecho penal* puede llevar a pensar que la reflexión jurídico-penal posee un estatus epistemológico superior al de las otras disciplinas penales, singularmente la criminología, lo que abre un debate innecesario si partimos, como dijimos más arriba, de un concepto amplio de ciencia. En cualquier caso, la *penalística*, o como la queramos llamar, ha de incluir ineludiblemente la reflexión jurídico penal y procesal penal.

Son tareas de la *penalística*:

- Identificar los principios jurídicos que podrían regir cualquier intervención penal, sea en el ámbito de la tutela, sea en el de la responsabilidad y su verificación, sea en el de la sanción. Lo cual debe hacerlo fundándose en el sistema de creencias de la sociedad, en principios jurídicos internacionales y constitucionales, y en el consenso jurídico ilustrado. Prestará especial atención

¹³ Recientemente, Atienza Rodríguez (2025, pp. 22-23, 28-29), ha puesto de manifiesto lo «sumamente inadecuado» que resulta el término *dogmática* para calificar el saber característico de los juristas.

¹⁴ Ciertamente el uso del término *dogma* y sus variantes, aparte de su uso religioso, tiene acepciones muy diversas. Véanse los sentidos que atribuye a *dogmatismo*, desde la teoría del conocimiento en Ferrater Mora (1994, pp. 929-930). El tercero y el segundo de sus sentidos apuntarían, respectivamente, a los dos significados en el texto atribuidos. Confróntense igualmente las acepciones, muy variadas, de *dogma* (1), *dogmático*, *ca* (5, 4), y *dogmatismo* (1, 2, 4) en Real Academia Española, 2025.

Véase un análisis detenido de los diferentes significados atribuidos al significante *dogmática* jurídica, en Atienza Rodríguez (2025, pp. 17-28).

a las garantías individuales, tanto en el campo de la exigencia y verificación de responsabilidad, como en el de la imposición y ejecución de sanciones.

- Interpretar y sistematizar el derecho penal y procesal-penal vigente, mediante las técnicas y construcciones conceptuales desarrolladas por la dogmática jurídico-penal.
- Difundir sus conocimientos y técnicas entre los agentes policiales, jurisdiccionales y de ejecución de sanciones, al menos.
- Identificar las inconsecuencias y carencias del derecho penal vigente.

d. Con lo indicado en las tareas primera y cuarta preciso mi posición sobre un debate que ha surgido recientemente con algunos colegas penalistas¹⁵. A tales efectos, el desembarazarnos de términos equívocos, como lo es el de dogmática, para calificar toda la reflexión jurídicopenal sin duda ayuda. Ciertamente las tareas de la penalística no pueden quedar restringidas a una interpretación y sistematización del derecho penal vigente. Sin duda tiene como misión realizar reflexiones especulativas, al margen del derecho vigente, basadas en las ideas de justicia y de bien común, que permitan identificar los principios, directrices y reglas que sean elementos constitutivos de un derecho justo. Del mismo modo, le compete llevar a cabo reflexiones derivadas del conocimiento adquirido en la interpretación y sistematización del derecho penal vigente, que lleven a su modificación y perfeccionamiento de acuerdo con los patrones anteriores. Todas esas reflexiones y construcciones conceptuales resultan imprescindibles, dada la pericia de los penalistas, y de los juristas en general, sobre los contenidos principales de la justicia.

Pero su discurso, cuando se trata de determinar el derecho que debe ser, no goza de una autoridad mayor de la que deriva de su fuerza argumentativa. La autoridad de la que ciertamente goza la ley penal vigente no se transmite al penalista por el mero hecho de que sea un especialista o buen conocedor de las técnicas de interpretación y sistematización del derecho real vigente. Es cierto que el discurso penal, preferiblemente apoyado en el discurso iusfilosófico, es capaz de sacar a la luz principios y reglas que pueden reclamar una legitimidad de racionalidad práctica indubitable. Pero el derecho penal que ha de regir en una determinada sociedad no se construye sobre una legitimidad teórico-práctica o, mejor dicho, no solo sobre ella. Precisa de una legitimidad política. Y dentro de esa legitimidad política la contribución de la razón práctica es una entre otras contribuciones.

Dentro o fuera de esa racionalidad práctica, según se prefiera, es imprescindible una legitimidad ético-política, que se funda en el sistema de creencias compartido por una determinada sociedad en un momento determinado, donde deberían encontrar asiento buena parte de esos criterios de corrección a los que los juristas atribuyen con frecuencia validez universal y atemporal. Pero, más allá de todo eso, la legitimidad política se ve necesariamente implicada en compromisos fundados en divergencias valorativas e intereses discrepantes presentes en la sociedad, así como, por supuesto, en relevantes consideraciones instrumentales de muy diverso tipo. Digamos que la racionalidad de la legitimidad política que necesita todo derecho penal en ciernes no es una teórico-práctica sino estrictamente política.

¹⁵ Véanse supra apartado 1.1 referencias a Silva Sánchez, Sánchez-Ostiz, Robles Planas.

En la adquisición de esta legitimidad política del control social penal, y del derecho penal como principal instrumento de él, resultan imprescindibles las contribuciones de las disciplinas que se dedican al estudio de tal control social. Entre ellas, los conocimientos y técnicas de la criminología y la penalística ocupan un lugar sobresaliente. Son saberes e instrumentos imprescindibles para el diseño y desarrollo de la política criminal, esto es, de la política pública mediante la que ejercemos el control social penal. Junto con los conocimientos y técnicas específicamente desarrollados por la misma política criminal, esta funciona como vector aglutinador de ese conjunto de saberes penales.

Sin embargo, la política criminal, al momento de plantear los programas de intervención e implementar sus estrategias, necesita mucho más que la colaboración e implicación de las ciencias penales en su configuración. Su conformación ha menester de la aportación del mayor número posible de conocimientos y técnicas que pongan de manifiesto y trasladen los contenidos que sustentan la integración social de nuestras sociedades¹⁶. Todo ello dentro de un debate abierto, lo más público posible, en que todos los argumentos presentados, procedentes de saberes y experiencias distintos, sean escuchados y considerados. La legitimidad política de las decisiones adoptadas se alcanzará mediante su respaldo por amplias mayorías sociales en un contexto democrático.

En consecuencia, la política criminal ha de brindar el marco argumental y discursivo en el que las correspondientes decisiones normativas deban ser adoptadas¹⁷.

2. La contribución de la criminología española a las ciencias penales

2.1. La relevancia obtenida por la criminología española

La aportación de la criminología española al acervo de las ciencias penales en los últimos años ha sido muy relevante. Es fácil apreciar el gran crecimiento que han tenido las investigaciones criminológicas españolas desde, al menos, inicios de siglo. Ello se ha asentado sobre pilares

¹⁶ Sin que sea posible ignorar los conocimientos y técnicas, basados en las relaciones de poder y económicas, que sacan a la luz y trasladan los contenidos conformadores de la integración sistémica de nuestras sociedades.

¹⁷ Se ha manifestado claramente a favor de la necesaria legitimación política del derecho penal y de una concepción de la política criminal similar a la aquí expuesta, Mañalich (2018, pp. 59-64, 66-69). Asimismo, la elaborada concepción de Kaiser (1996, pp. 1069-1078), sobre el concepto de política criminal racional, a propósito de su relación con la criminología, guarda notables semejanzas con lo aquí expuesto.

Silva Sánchez (2025, pp. 514-517, 540-548, 550-552) ha enfatizado recientemente la función de la dogmática como disciplina creadora de un *sistema suprapositivo de conceptos, reglas y principios* y que ha denominado, a mi juicio con poco acierto, *dogmática de la teoría del delito*, la cual muestra en ocasiones cercanía con la denominada *dogmática de lege ferenda*, más modesta en sus ambiciones. Nada que objetar a que todo ello sea una tarea de los penalistas, como acabo de señalar en texto. Otra cosa es la contraposición que hace entre una *política criminal teórica*, con una decisiva vertiente valorativa, y una *política criminal real*, la primera aparentemente basada en la razón práctica, y competencia de los dogmáticos, y la segunda inmersa en el debate político, competencia de las ciencias sociales, incluida la ciencia política. A mi juicio, es esta una falsa disyuntiva, que conduce a colocar de nuevo a los penalistas en una posición de ventaja, de mayor autoridad, en el debate políticocriminal. Las aportaciones de racionalidad práctica de esa mal llamada política criminal teórica o, siguiendo a Robles Planas, *dogmática de la política criminal*, se han de integrar, sin más privilegio que el de su fuerza argumental, en el debate políticocriminal, donde, como hemos dicho, la legitimidad teórico-práctica no es suficiente para lograr la legitimidad política.

También Atienza Rodríguez (2025, pp. 45-54), aunque creo que podría asumir buena parte de los argumentos expuestos en texto, termina atribuyendo a la dogmática jurídica, entendida como tecno-praxis, competencias excesivas en la configuración del derecho penal.

diversos: la consolidación de equipos de investigación en torno a institutos de criminología y a departamentos de diferentes facultades, singularmente los de derecho penal; la formación especializada, iniciada en los institutos y luego consagrada oficialmente mediante la creación de diplomaturas, grados y maestrías de criminología¹⁸; la configuración, no sin dificultades, de un cuerpo académico de investigadores y profesores en criminología en las universidades españolas; el asociacionismo y la participación en las actividades en él originadas, en especial, la creación de la Sociedad española de Criminología (SEIC) y los congresos y simposios por ella organizados; la aparición de revistas especializadas como el *Boletín Criminológico*, la *Revista española de investigación criminológica* (REIC) y la *Revista electrónica de criminología* (REC), entre otras, así como la acogida de artículos criminológicos en otras muchas revistas de derecho, psicología y sociología que, en ocasiones, han creado secciones propias de criminología, como *InDret*. Ello ha dado lugar a una presencia significativa de los investigadores y las investigaciones de la criminología española en sociedades¹⁹ y revistas internacionales²⁰.

No creo que sea exagerado afirmar que la criminología, incluso por encima de la política criminal, ha sido la ciencia penal con mayor productividad y protagonismo en las dos últimas décadas. En todo caso, el crecimiento de ambas ciencias penales se ha realizado de forma diversa. La criminología ha crecido reforzando su autonomía epistemológica, reivindicando y desarrollando un método propio, que se ha reflejado también académicamente en demandas de autonomía orgánica – área de conocimiento – y evaluativa – acreditaciones, sexenios –. La política criminal lo ha hecho permeando la agenda de investigación de la penalística y, en menor medida, de la criminología, de lo que son reflejo, respectivamente, los debates sobre las pretendidas dogmática creadora o criminología pública.

Sin duda ha habido elementos circunstanciales que han favorecido el protagonismo de la criminología, sin que ello suponga pasar por alto los importantes esfuerzos personales y colectivos llevados a cabo.

En primer lugar, el progresivo abandono de algunos temas y consecuente reorientación de la penalística. Su predominante enfoque en los principios rectores de la intervención penal y en el sistema de responsabilidad ha mostrado señales de agotamiento. Eso sí, tras haber obtenido logros impresionantes, por ejemplo, en los mal llamados principios limitadores del ius puniendi, en la teoría jurídica del delito o en los principios de un proceso justo. Pero el refinamiento conceptual alcanzado resulta ya poco eficiente y muestra claros signos de escolasticismo. Eso ha

¹⁸ Con fecha de julio de 2025, 21 universidades públicas y 8 universidades privadas españolas tienen implantado el grado de Criminología en enseñanza presencial. Además, una universidad pública y 7 privadas tienen implantadas esas enseñanzas en línea. Por otro lado, alrededor de 30 universidades, públicas y privadas, ofertan maestrías oficiales en criminología o en áreas cercanas (CONESCRIM, 2025).

¹⁹ Los últimos datos de 2024 muestran que España es el quinto país de Europa, y el sexto del total de 58 países representados, en número de miembros de la Sociedad europea de Criminología –ESC– (Aebi y Kronicz, 2025). Es el país que ha alojado mayor número de congresos europeos de la ESC, tres (Toledo 2002, Bilbao 2012, Málaga 2022). En los 25 años de presidencias anuales de la ESC han fungido dos presidentes españoles, Elena Larrauri Pijoan (2008-2009) y Josep María Tamarit Sumalla (2023-2024). Entre las 40 entrevistas realizadas hasta fines de 2024 a criminólogos destacados dentro del European Criminology Oral History Project –ECOH–, tres de ellas han sido realizadas a profesores españoles, José Luis Díez Ripollés –2017–, Elena Larrauri Pijoan –2019–, y Josep María Tamarit Sumalla –2023– (European Society of Criminology, 2025).

²⁰ Teniendo en cuenta los artículos con base empírica publicados en la *European Journal of Criminology* desde 2004 hasta mayo de 2025, los referidos a España como exclusivo ámbito de referencia (la gran mayoría), o que incluyen a España en comparaciones internacionales de no más de 10 países, son el quinto grupo más frecuente, solo por detrás de Reino Unido, Países Bajos, Suecia y Alemania (Nivette, 2025).

atraído en los últimos años la atención de los penalistas hacia los delitos específicos y, en menor medida, hacia el sistema de penas y su ejecución. Lo primero ha fomentado enfoques político-criminales y, en alguna medida, también criminológicos. Lo segundo ha precisado del acervo criminológico y, en alguna medida, del político-criminal.

En segundo lugar, la incesante actividad legiferante penal, impulsada por el hecho de que el control social penal ha pasado a ser un asunto político preferente. Eso ha promocionado especialmente a la política criminal, con la aparición de subdisciplinas boyantes como la política legislativa penal, que se ha esforzado en realizar análisis sociojurídicos y elaboraciones teóricas para garantizar la racionalidad y la previsibilidad de las decisiones legislativas, además de ejecutar estudios sobre la evolución legislativa penal. Pero este fenómeno también ha exigido relevantes contribuciones de la criminología. Singularmente en el ámbito de los datos de la criminalidad, y del estudio de los delincuentes, las víctimas, las actitudes punitivas y las prestaciones de las diversas instituciones penales.

Ambas circunstancias han creado nichos de investigación nuevos, que se han añadido a los ya existentes y que refuerzan el impulso propio ya adquirido por la criminología

2.2. Algunas insuficiencias de la criminología española

Esta satisfactoria situación no ha de hacernos olvidar algunas carencias que cabe reprochar a la criminología española. Señalaré tres.

La primera alude a los riesgos, bien conocidos, propios de toda ciencia social con enfoque experimental. Se produce con alguna frecuencia una excesiva restricción del objeto escogido para la investigación, casi siempre con la mira puesta en asegurar la validez de los resultados. Esto puede dar lugar, en ocasiones, a que los hallazgos resulten poco relevantes, banales o repetitivos.

La segunda resalta la excesiva concentración que se da en ciertos temas. Su elección, además, no siempre está regida por su importancia u oportunidad para la prevención de la delincuencia, sino a veces por factores ajenos a las necesidades del control social penal: desde la influencia ejercida por ciertas modas metodológicas, científicas, sociales o de opinión pública, hasta el condicionamiento derivado de los objetivos preferentes de los programas financiados de investigación, públicos y privados. Así, es fácil constatar que en la investigación criminológica española predominan asuntos como la prisión, el género, menores y jóvenes, o delitos sexuales²¹.

²¹ Un cómputo, sin pretensiones de rigor científico, de los asuntos tratados en los artículos publicados entre 2021 y 2025 en cuatro revistas criminológicas prestigiosas – *Boletín criminológico*, *Revista española de investigación criminológica* (REIC), *Sección de Criminología de InDret* y *Revista electrónica de criminología* (REC) – me ha dado como resultado que casi un 40% de todos los artículos se concentran en cuatro temas: prisión y régimen penitenciario, delincuencia de género, delincuencia y victimización de menores y jóvenes, y delincuencia sexual, en ese orden. No se han analizado los números monográficos, aunque, en los asuntos objeto de los monográficos temáticos, se aprecia una tendencia semejante.

Si acudimos a las convocatorias de proyectos de investigación entre 2020 y 2023, ambos años inclusive, de Generación del conocimiento de la Agencia estatal de investigación a partir de la herramienta informática desarrollada por Polaris, 2025, y referida a proyectos sobre temas de delincuencia y justicia penal, se llega a conclusiones cercanas. Un cómputo personal, también sin pretensiones de rigor científico y coincidente sustancialmente con el realizado por los autores de la herramienta, muestra que los proyectos centrados en la delincuencia de género, victimización y delincuencia de menores y jóvenes, y ciberseguridad ocupan los primeros lugares en prevalencia, volumen de financiación y número de universidades implicadas en ellos.

Todo ello origina pérdida de autonomía en la configuración del acervo criminológico y, en último término, insuficiente enriquecimiento de este. Sin que se pueda olvidar que la criminología, como todas las ciencias penales, se legitima por las necesidades sociales que atiende.

Finalmente, se aprecia en la actual investigación criminológica española cierta falta de fuste crítico. Sin duda, ha habido y hay líneas de investigación a contracorriente de las tendencias sociales mayoritarias. Es el caso, por citar algunas, de los estudios sobre actitudes punitivas y percepciones sociales, sobre objetivos resocializadores (desistimiento, programas de tratamiento, condiciones de vida en prisión, ...), sobre extranjería y marginación social, o sobre economía política del castigo. Pero se han dado abundantes contribuciones acríticas a decisiones legislativas con un fuerte debate politicocriminal detrás, lo que ha sido especialmente llamativo en violencia de género, protección de víctimas, delitos sexuales o tráfico de drogas. O una escasez de contribuciones en cuestiones polémicas precisadas de aportaciones empíricas, como el rigorismo punitivo o la proliferación de nuevos delitos. Eso, sin contar con la reducida implicación de la investigación criminológica en las conductas delictivas de los poderosos, como delitos socioeconómicos, urbanismo y medio ambiente, delitos societarios o corrupción pública y privada. Todo ello sin perjuicio de reconocer meritorias excepciones, e incluso corrientes en vía de consolidación, como la de la criminología verde y medioambiental.

3. Los desafíos que afronta la criminología española en el marco de las ciencias penales

3.1. La coordinación con el resto de las ciencias penales

Uno de esos desafíos tiene que ver con el riesgo de que el afianzamiento epistemológico de la criminología española, en sí mismo muy deseable, impulse actitudes o conlleve la consecuencia de su desvinculación del resto de las ciencias penales. Este riesgo es especialmente apreciable en relación con la penalística. Ambas, criminología y penalística, deben interiorizar el hecho de que, aunque ejerzan o deban ejercer una notable influencia en las decisiones políticocriminales, y en primer término en las legislativas, son en gran medida dependientes de la política criminal en sus prestaciones. Y la criminología no debiera olvidar que el control social penal, objeto de su estudio, se realiza de forma predominante a través del derecho penal vigente, objeto de estudio de la penalística.

Es, por ello, esencial mantener un contacto estrecho de la criminología con el derecho penal vigente y la penalística. Específicamente, en el ámbito académico se ha de procurar, entre otras cosas, que en los grados universitarios de criminología se estudien contenidos troncales de derecho penal y derecho procesal penal, además de la política criminal²². Del mismo modo, se han de moderar los intentos de lograr una desvinculación orgánica entre académicos criminólogos y penalistas. Eso puede estar sucediendo, o promoviéndose, al agrupar al profesorado en áreas o departamentos, o al configurar plantillas, cargas docentes y proyectos de investigación. Sin perjuicio de la respectiva autonomía de ambas disciplinas, la cercanía

Los resultados recientemente presentados por Tamarit, Franco y Marsol (2025), *passim*, sobre los temas abordados en la gran mayoría de los resúmenes presentados a los congresos de la Sociedad europea de criminología entre los años 2001 a 2023 solo parcialmente coinciden con los arriba expuestos.

²² Por cierto, que, a la inversa, eso mismo debe suceder en los grados de derecho. Pero esto no es tema de este trabajo.

académica solo ofrece ventajas en términos de productividad científica, transmisión de conocimiento y relevancia social²³. Por lo demás, esa colaboración termina también repercutiendo, acertadamente, en el ámbito profesional.

En este sentido, debemos contener nuestra euforia por el fuerte desarrollo reciente de la criminología. Hay que recordar que, llegado el momento de tomar decisiones políticocriminales, singularmente legislativas, siempre los juristas tienen ventaja sobre los criminólogos. El que la política criminal, como ya indicamos, se lleve a cabo sustancialmente a través del derecho penal hace que las élites políticas tengan especial necesidad de los juristas; ellos saben redactar leyes y reglamentos, ellos son los que, en gran medida, implementan esas leyes y reglamentos. En realidad, élites políticas y ciertos juristas se encuentran muy cercanos, cuando no mezclados. De ahí que lo peor que le puede pasar a la criminología, si realmente quiere ser influyente en la toma de decisiones políticocriminales y en la instrumentación del control social penal, es que se desconecte de los penalistas; en general, la desvinculación del resto de las ciencias penales conduce a la irrelevancia de la criminología²⁴.

3.2. La integración del debate iberoamericano

Un segundo desafío de la criminología española es comprender que el enriquecimiento de su acervo y la difusión de sus logros no transita exclusivamente por su integración en el debate europeo o anglosajón. Esta integración es, sin duda, conveniente y, por lo que se refiere a Europa, cada vez más lograda, como hemos indicado. Pero tenemos un entorno cultural adicional, demasiado descuidado, en el que se pueden generar, entre todos sus integrantes, contribuciones sustanciales al desarrollo de la criminología. Me refiero a ese «otro» Occidente que es Iberoamérica.

A este respecto, debemos ser cuidadosos frente a la incorporación acrítica de ciertas tendencias hoy en boga, como los estudios neocoloniales y los conceptos de Norte y Sur globales. Sin duda, pueden explicar muchos hechos del actual estado político y socioeconómico de los países iberoamericanos. Pero en ocasiones no toman debidamente en cuenta la secular comunidad de valores de estos países con el resto de Occidente. Comunidad que está especialmente presente en las ciencias penales. Por citar dos ejemplos de las últimas décadas que incorporan una referencia crítica al *statu quo*: los debates sobre la criminología crítica y el abolicionismo, o sobre el garantismo penal, que se han desarrollado de un modo especialmente intenso en Iberoamérica, no han tenido su origen en los estudios neocoloniales ni en el enfrentamiento entre el Norte y Sur globales. Son debates que, atendiendo en muchos casos, aunque no siempre, a las peculiaridades iberoamericanas, son fruto de unas corrientes ideológicas más amplias que han tenido lugar simultáneamente en todo el mundo occidental.

²³ Es cierto que, durante un tiempo y todavía ahora, esa cercanía ha tenido unos perdedores, los criminólogos, que han formulado quejas muy fundadas. Sobre el mismo asunto, con diferente sensibilidad, Redondo Illescas y Garrido Genovés (2023, pp. 83-84).

²⁴ Un buen ejemplo de ello es la situación en Estados Unidos, donde un impresionante desarrollo de la criminología, pero entendida como una disciplina muy autónoma del derecho, no ha impedido que su influencia en la política criminal estadounidense de las últimas décadas haya sido muy limitada. El conocido politólogo criminal, Franklin Zimring me solía comentar que Estados Unidos disponía de la mejor criminología del mundo, pero que no era capaz de influir sobre la peor política criminal del planeta.

La desconsideración de este pensamiento y tradición jurídicos comunes confina a estos países en un discurso diferenciador, que tiene diversas consecuencias negativas: Petrifica en términos geoculturales la pertenencia de todos estos países dentro del denominado Sur global, lo que impide apreciar las transformaciones políticas y socioeconómicas que algunos de esos países han experimentado recientemente, y que permite integrarles, sin demérito de sus raíces iberoamericanas, en el mundo occidental desarrollado. Limita su contribución directa al debate politicocriminal, criminológico y penal dominante y más influyente, pues su participación en él resulta inevitablemente mediada por su inclusión en el Sur global. Les enajena su propia tradición científico-penal que es forzosamente reinterpretada bajo un prisma ideológico unilateral.

La criminología española está en condiciones de enriquecerse con las contribuciones iberoamericanas en un discurso que ha de aunar todas sus tradiciones y condicionantes históricos y geopolíticos. Y debe asimismo esforzarse por incorporar todo ese acervo de conocimientos a la criminología dominante²⁵.

3.3. Posibles cambios de interés en las ciencias penales

Junto a esos desafíos se me va a permitir que haga un pronóstico que, si se cumple, tendrá importantes repercusiones en la criminología española: Es de esperar un nuevo realce y protagonismo de las aportaciones de la penalística a las ciencias penales. Esta expectativa se funda en el progresivo socavamiento que se está produciendo de la estructura propia de un derecho penal respetuoso de los derechos fundamentales y libertades públicas. El derecho penal garantista está cada vez más en cuestión. Sucede con los principios de lesividad, seguridad jurídica, proporcionalidad de las sanciones penales, resocialización del delincuente, o los propios del derecho penal internacional, por solo citar algunos ejemplos. Y el fenómeno se extiende a institutos penales como, por ejemplo, la imputación subjetiva, la participación, los grados de ejecución o la prescripción del delito, a la prisión preventiva o al secreto sumarial.

Eso permite anticipar una revalorización de los esfuerzos encaminados a mantener principios o institutos que hasta hace poco dábamos por generalmente asumidos. Lo que puede colocar a la penalística en el centro de las ciencias penales. Nada hay que objetar, si esas son las necesidades del momento. La criminología deberá suministrar conocimiento para la refundamentación empírica de esos principios e institutos. Al igual que la política criminal habrá de fomentar el correspondiente debate social para modificar o acomodar los programas de intervención penal y, sobre todo, las correspondientes estrategias, a las nuevas necesidades. En cualquier caso, será un buen momento para que cada una de las ciencias penales ponga de manifiesto su utilidad en la prevención de la delincuencia.

²⁵ También críticamente sobre el concepto de criminología del Sur, cuestionando su entidad geográfica y su capacidad explicativa (Larrauri Pijoan, 2023, pp. iii-vi). Reclama la acogida en la *European Journal of Criminology* de artículos que aborden realidades y debates criminológicos extraeuropeos, singularmente iberoamericanos (di Ronco, 2025).

4. Bibliografía

Aebi, Marcelo; Kronicz, Graciela (2025). Secretariat report, 2024. Newsletter of the European Society of Criminology. Criminology in Europe, 2 [en línea]. *Newsletter of the European Society of Criminology. Criminology in Europe*. [Consultado el 22 de diciembre de 2025]. Disponible en: <https://escnewsletter.org/archive/secretariat-report-2024>

Atienza Rodríguez, J. Manuel (1991). *Introducción al derecho*. Barcanova.

Atienza Rodríguez, J. Manuel (2025). “La dogmática jurídica como tecno-praxis”. En J. Manuel Atienza; Giovanni Battista Ratti; Jesús, Vega (eds.), *La dogmática jurídica como tecno-praxis*. Palestra Europa, pp. 17-54.

Bacigalupo Zapater, Enrique (1989). “La ciencia del derecho penal entre el ideal científico de las ciencias naturales y el de las ciencias del espíritu”. En José Luis de la Cuesta; Iñaki Dendaluce; Enrique Echeburúa (comps.), *Criminología y derecho penal al servicio de la persona. Libro homenaje al profesor Antonio Beristain*. IVAC, pp. 459-469.

Beltrán Villalva, Miguel (1979). *Ciencia y sociología*. Centro de Investigaciones Sociológicas.

Binder, Alberto M. (2023). “El método de la política criminal visto desde Latinoamérica”. En Juan Muñoz Sánchez; Octavio García Pérez; Ana Isabel Cerezo Domínguez; Elisa García España (eds.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*. Tirant lo Blanch, pp. 61-73.

CONESCRIM – Consejo nacional de estudiantes de Criminología (2025). Dónde estudiar Criminología [en línea]. *CONESCRIM*. [Consultado el 23 de diciembre de 2025]. Disponible en: <https://conescrim.es/formacion>

Díez Ripollés, José Luís (2013). *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*. Trotta.

Díez Ripollés, José Luís (2018). El papel epistémico de la política criminal en las ciencias penales: la contribución de v. Liszt. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-12, 1-31.

Díez Ripollés, José Luís (2021). La política criminal en las ciencias penales: un análisis crítico de la contribución de Roxin. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23-02, 1-32.

Díez Ripollés, José Luís (2024). El modelo politicocriminal de la inclusión social. *Boletín criminológico*, 30, 1-44.

European Society of Criminology (2025). Previous Conferences [en línea]. *European Society of Criminology*. [Consultado el 22 de diciembre de 2025]. Disponible en: <https://esc-eurocrim.org/v2/previous-conferences>

European Society of Criminology (2025). Former Executive Boards of the European Society of criminology [en línea]. *European Society of Criminology*. [Consultado el 22 de diciembre de 2025].

Disponible en: <https://esc-eurocrim.org/v2/the-executive-board-of-the-european-society-of-criminology>

European Society of Criminology (2025). ECOH. The ESC European Criminology Oral History Project [en línea]. *European Society of Criminology*. [Consultado el 22 de diciembre de 2025]. Disponible en: <https://esc-eurocrim.org/v2/the-esc-european-criminology-oral-history-project-4144066-35db6285-226f>

Ferrater Mora, José (1994). “Voz ‘Dogmatismo’”. En José Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía* (edición revisada por Josep-Maria Terricabras). Ariel.

García-Pablos de Molina, Antonio (2014). *Tratado de Criminología*. Tirant lo Blanch.

Göppinger, Hans (Bock, Michael) (2008). *Kriminologie*, 6. Aufl. C.H. Beck.

Kaiser, Günter (1996). *Kriminologie: ein Lehrbuch*. C.F. Müller.

Lacey, Nicola; Zedner, Lucia (2012). “Legal constructions of crime”. En Mike Maguire, Rodney Morgan, Robert Reiner (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford University Press, pp. 159-181.

Larrauri Pijoan, Elena (2018). *Introducción a la criminología y al sistema penal*. Trotta.

Larrauri Pijoan, Elena (2023). Criminologías del Sur. *InDret*, 4, pp. iii-vii.

Larrauri Pijoan, Elena; Cid Moliné, José (2023). *Teorías criminológicas*. Bosch/La Ley.

Loader, Ian; Sparks, Richard (2011). *Public Criminology*. Routledge.

Loader, Ian; Sparks, Richard (2012). “Situating criminology: on the production and consumption of knowledge about crime and justice”. En Mike Maguire, Rod Morgan, Robert Reiner (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford University Press, pp. 3-39.

Mañalich, Juan Pablo (2018). El principalismo político-criminal como fetiche. *Revista de estudios de la justicia*, 29, 59-71.

Medina, Juanjo; Barberet, Rosemary (2023). “Política criminal y grados de criminología”. En Juan Muñoz Sánchez; Octavio García Pérez; Ana Isabel Cerezo Domínguez; Elisa García España (eds.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*. Tirant lo Blanch, pp. 1795-1808.

Miró Llinares, Fernando (2022). *El progreso de la dogmática penal (y sus problemas)*. Tirant lo Blanch.

Miró Llinares, Fernando (2023). “¿Una ciencia unificada del Derecho Penal?”. En Juan Muñoz Sánchez; Octavio García Pérez; Ana Isabel Cerezo Domínguez; Elisa García España (eds.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*. Tirant lo Blanch, pp. 667-680.

Morillas Cueva, Lorenzo (1990). *Metodología y ciencia penal*. Universidad de Granada.

Newburn, Tim (2009). *Criminology*. Willan Publishing.

Nivette, Amy (2025). European criminology as a comparative exercise. *European Journal of Criminology*, 22(5), 730-738. 10.1177/14773708251355550

POLARIS (2025). Investigación e intercambio para las políticas sobre criminalidad. Buscador de proyectos [en línea] (Desarrollado por Diego Maldonado Guzmán, Gabriel López Rojas, Francisco J. Castro Toledo). POLARIS. Disponible en: <https://grupopolaris.github.io/buscadordeproyectos/>

Real Academia Española (s.f.). Voces “Dogma”, “Dogmático, ca”, “Dogmatismo” [en línea]. *Diccionario de la lengua española*. [Consultado el 21 de noviembre de 2025]. Disponible en: <https://dle.rae.es/>

Redondo, Santiago; Garrido, Vicente (2023). *Principios de criminología*. Tirant lo Blanch.

Robles Planas, Ricardo (2012). “Dogmática de los límites al derecho penal”. En Ricardo Robles Planas (ed. española), Andrew von Hirsch, Kurt Seelmann, Wolfgang Wohlers (ed. alemana), *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Atelier, pp. 19-47.

Robles Planas, Ricardo (2023). “Sobre política criminal y dogmática. Un diálogo con Díez Ripollés”. En Juan Muñoz Sánchez; Octavio García Pérez; Ana Isabel Cerezo Domínguez; Elisa García España (eds.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*. Tirant lo Blanch, pp. 363-375.

Di Ronco, Anna (2025). What is of relevance to European criminology?. *European Journal of Criminology*, 22(5), 701-707. 10.1177/14773708251355563

Sánchez-Ostiz, Pablo (2012). *Fundamentos de política criminal*. Marcial Pons.

Seelig, Ernesto (1958). *Tratado de criminología*. Traducc. José María Rodríguez Devesa. Instituto de Estudios Políticos.

Serrano Maíllo, Alfonso (2009). *Introducción a la criminología*. Dykinson.

Silva Sánchez, Jesús-María (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. J.M. Bosch Editor.

Silva Sánchez, Jesús-María (2018). *Malum passionis. Mitigar el dolor del derecho penal*. Atelier.

Silva Sánchez, Jesús-María (2025). *Derecho penal. Parte general*. Civitas.

Sutherland, Edwin H.; Cressey, Donald Ray; Luckenbill, David F. (1992). *Principles of Criminology*. General Hall.

Tamarit, Josep Maria; Franco Guillen, Núria; Marsol Gutiérrez, Alba (2025). What is European criminology actually about? Evolution from 2021 to 2023. *European Journal of Criminology*, 22(5), 739-758.

Prevenir la victimización secundaria de los menores mediante la prueba preconstituida: la visión de una muestra de operadores judiciales

Sumario

La prueba preconstituida ha recibido especial atención en las últimas décadas por sus aportes al proceso penal y su función protectora con los menores de edad. No obstante, también ha sido objeto de críticas, especialmente de índole procesal, que han puesto en cuestión su asentamiento en el contexto español. En 2021, a partir de la aprobación de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, la figura fue reformada, lo que ha motivado un estudio cualitativo para analizar si la nueva regulación ha modificado la percepción de los operadores judiciales y, al mismo tiempo, evaluar si las ventajas y limitaciones identificadas encuentran respaldo en la práctica judicial, considerando la experiencia directa de quienes intervienen en el proceso penal con niños y adolescentes. A partir de los hallazgos obtenidos, se proponen recomendaciones orientadas a optimizar el uso de la prueba preconstituida, integrando la protección de la infancia y la adolescencia con los estándares del proceso penal.

Abstract

Pre-recorded evidence has received special attention in recent decades due to its contributions to criminal proceedings and its protective role for minors. However, it has also been the subject of criticism, especially of a procedural nature, which has called into question its establishment in the Spanish context. In 2021, following the approval of the Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, the figure was reformed, prompting a qualitative study to analyze whether the new regulation has changed the perception of judicial operators and, at the same time, to assess whether the advantages and limitations identified are supported by judicial practice, considering the direct experience of those involved in criminal proceedings with children and adolescents. Based on the findings, recommendations are proposed aimed at optimizing the use of pre-established evidence, integrating the protection of children and adolescents with the standards of criminal proceedings.

Title: Preventing secondary victimization of underage victims through pre-recorded evidence: the perspective of a sample of judicial operators

Palabras clave: prueba preconstituida, victimización secundaria, menores de edad, proceso penal

Keywords: pre-recorded evidence, secondary victimization, minors, criminal process

DOI: 10.31009/InDret.2026.i2.10

2.2026

Recepción
09/01/2026

-

Aceptación
11/03/2026

-

Índice

-

1. Estado de la cuestión

- 1.1. La especial vulnerabilidad del menor de edad
- 1.2. La prueba preconstituida
- 1.3. Balance de costes y beneficios
 - a. De corte jurídico-procesal
 - b. De corte victimológico

2. Metodología

- 2.1. Objetivos
- 2.2. Diseño metodológico y procedimiento
- 2.3. Muestra

3. Resultados

- 3.1. Sobre la nueva regulación de la prueba preconstituida
- 3.2. Sobre las luces y sombras de la prueba preconstituida
 - a. Ventajas victimológicas y procesales
 - b. Desventajas victimológicas y procesales
 - c. Inmediación y contradicción
- 3.3. Sobre las valoraciones personales frente a la prueba preconstituida

4. Discusión

5. Conclusiones

6. Bibliografía

-

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

1. Estado de la cuestión*

1.1. La especial vulnerabilidad del menor de edad

Existe un consenso dentro de la Victimología respecto a que determinados sectores poblacionales tienen una mayor predisposición a ser victimizados. De entre todos estos grupos, los menores de edad han constituido uno de los colectivos que más interés ha suscitado. En el ámbito de la victimización infantojuvenil, destaca la Victimología del desarrollo, explorada por FINKELHOR, la cual concluye que los niños y los adolescentes sufren las mismas tipologías delictivas que los adultos, no obstante, se encuentran en una posición especialmente vulnerable a la victimización debido a sus características¹.

Esta circunstancia implica que, aunque poseen las capacidades propias de su edad, aún no han alcanzado el nivel de madurez y desarrollo integral esperable en un adulto, lo que les sitúa en una posición de desventaja. Esta falta de autonomía propia y su consiguiente alto nivel de dependencia implica que los menores son más propensos a ser victimizados por personas cercanas a su círculo más íntimo². A ello se suma la indisponibilidad de mecanismos de autoprotección, la inconsciencia sobre el delito y una situación de inferioridad física y cognitiva, lo que incrementa más su vulnerabilidad frente a posibles situaciones de abuso y violencia³.

Los mismos factores que establecen la alta predisposición de los menores a ser víctimas determinan su especial vulnerabilidad a experimentar efectos graves tras el delito. Entre ellos destacan los problemas de conducta; retrasos en el desarrollo; desajustes emocionales; problemas psicosomáticos; desarrollo de psicopatologías; e, incluso, afecciones en la esfera sexual, propias del padecimiento de victimizaciones de este mismo carácter⁴.

La experiencia de un episodio de abuso no constituye la única fuente de perjuicio a la que se encuentran expuestos los menores de edad. La incoación de un proceso penal puede constituir una nueva forma de afectación al generar una victimización secundaria. Este fenómeno comprende los efectos adversos que experimenta la víctima como consecuencia de una actuación

* Beatriz Martínez Perpiñá (beatrizmartper@gmail.com). Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto Nacional del I+D+I (PID2020-112683GB-I00). «Nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal ¿Nuevo modelo? Adaptaciones transformativas». Asimismo, se ha llevado a cabo en el marco de la concesión de una Beca IFUG de 2022 para la Contratación de Personal Investigador en Formación. Quisiera agradecer, en primer lugar, a los participantes que accedieron a ser entrevistados y aportaron su tiempo al presente estudio. Seguidamente, expreso mi eterno agradecimiento a Josep Maria Tamarit Sumalla y Sílvia Pereira Puigvert, cuya orientación y mentoría han sido determinantes para llevar a buen término la investigación.

¹ FINKELHOR, «Developmental victimology: The comprehensive study of childhood victimization» en DAVIS/LURIGIO/HERMAN (ed.), *Victims of crime*, Sage Publications, 2007, pp. 9 ss.

² WHITCOMB/SHAPIRO/STELLWAGEN, «When the victim is a child», *National Institute of Justice*, 1985, p. 31.

³ HERRERA MORENO, «Historia de la Victimología» en BACA BALDOMERO/ECHEBURÚA ODRIÓZOLA/TAMARIT SUMALLA (coord.), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 68; y PEREDA BELTRAN, «La victimización en la infancia y la adolescencia» en PEREDA BELTRAN/TAMARIT SUMALLA (ed.), *Victimología teórica y aplicada*, Huygens, 2013, p. 112.

⁴ RUNYAN/EVERSON/EDELSON/HUNTER/COULTER, «Impact of legal intervention on sexually abused children», *The Journal of Pediatrics*, vol. 113, núm. 4, pp. 647-563; HENRY, «System intervention trauma to child sexual abuse victims following disclosure», *Journal of Interpersonal Violence*, 1997, pp. 499-512; PARSONS/BERGIN, «The impact of criminal justice involvement on victims' mental health», *Journal of Traumatic Stress*, vol. (2)1, pp. 1-7; y QUAS/GOODMAN, «Consequences of criminal court involvement for child victims», *Psychology, Public Policy and Law*, vol. 18(3), 2012, pp. 392-414.

inadecuada e incluso dañina por los diferentes agentes que intervienen en el proceso de atención, intervención y judicialización de un delito⁵. Entre la diversidad de actores que toman un rol activo en este sistema – psicólogos, forenses, policías, etcétera –, ha cobrado particular relevancia la actuación de los órganos judiciales, Fiscalía y la abogacía⁶, quienes tienen el potencial de reproducir dinámicas que invisibilizan o desatienden las necesidades, deseos y derechos de los principales perjudicados por el episodio delictivo.

Estos perjuicios pueden manifestarse en la esfera psicológica, emocional, económica y social de la víctima, y materializarse en cualquier momento del proceso. Entre los factores que favorecen la victimización secundaria se encuentran la falta de información; las demoras injustificadas; la intimidación ambiental de la escena judicial; la dispensa de un trato insensible por parte de los profesionales; y la instrumentalización de la víctima⁷, entre otros. Y aunque cualquier víctima es susceptible de padecer una victimización secundaria, la literatura señala que los menores de edad presentan una vulnerabilidad acentuada, siendo la declaración la actuación más problemática⁸.

No se pierde de vista que la victimización infantojuvenil se distingue por desarrollarse en la intimidad y sin testigos. Este elemento conlleva que el testimonio y el posible daño psíquico asociado al delito son los únicos elementos probatorios de los que dispone el tribunal⁹. El sometimiento a diversas declaraciones, la exposición a diferentes profesionales, el empleo de preguntas invasivas o tendentes a la culpabilización y la continua sujeción del menor a la contradicción y la publicidad, entre otros factores, son elementos que inciden, por un lado, en que las víctimas sientan temor para denunciar el delito¹⁰ y, por otro, afectan negativamente al bienestar psicosocial de aquellas que intervienen en el proceso.

En el caso particular de los niños y los adolescentes, la literatura especializada evidencia una disonancia entre las demandas jurídico-procesales y las capacidades cognitivas y comunicativas aún en desarrollo de éstos¹¹. El estudio de GOODMAN ET AL, posteriormente complementado por el de QUAS ET AL, confirma que el proceso de declaración ordinario puede generar efectos traumáticos a corto y largo plazo, teniendo los niños que declararon en numerosas ocasiones una mayor probabilidad a desarrollar problemas conductuales y síntomas de evitación y disociativos

⁵ LANDROVE DÍAZ, *La moderna Victimología*, Tirant lo Blanch, 1998, p. 50; FERREIRO BAAMONDE, *La víctima en el proceso penal*, Editorial La Ley, 2005, pp. 165-167; Tamarit Sumalla, «La Victimología: Cuestiones conceptuales y metodológicas» en BACA BALDOMERO/ECHBURÚA ODRIÓZOLA/TAMARIT SUMALLA, *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 32-34; y VILLACAMPA ESTIARTE, *Introducción a la Victimología*, Editorial Síntesis, 2019, p. 128.

⁶ SEMPERE FAUS, «La protección de la víctima menor de edad y la victimización secundaria», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020, p. 880.

⁷ Herrera Moreno, *La hora de la víctima*, 1996, p. 315; FERREIRO BAAMONDE, *La víctima en el proceso penal*, 2005, p. 167; MARTÍN RÍOS, *Víctima y justicia penal*, Atelier, 2012, p. 460; ARRIETA OUVIÑA, «Diversos escenarios judiciales y su impacto en la victimización secundaria», *Eguizkilore*, núm. 28, 2014, pp. 288-320; y SEMPERE FAUS, «La protección de la víctima menor de edad y la victimización secundaria», 2020, p. 880.

⁸ HERRERA MORENO, *La hora de la víctima*, 1996, p. 315; MORILLAS FERNÁNDEZ/PATRÓ HERNÁNDEZ/AGUILAR CÁRCELES, *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Dykinson, 2014, p. 117; y VILLACAMPA ESTIARTE, *Introducción a la Victimología*, 2019, p. 128.

⁹ MUÑOZ/GONZÁLEZ-GUERRERO/SOTOC/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.

¹⁰ KIDD/CHAYET, «Why do victims fail to report? The psychology of criminal victimization», *Journal of Social Issues*, vol. 40, núm. 1, 1984, pp. 39 ss.

¹¹ 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, núm. 4, 2015, p. 459.

durante la adultez¹². En el mismo sentido, los resultados obtenidos por SAYWITZ Y NATHANSON, así como GOODMAN ET AL, apuntan a que la declaración prestada directamente en sede penal suele tener un impacto más negativo en los niños al exponerles a factores de estrés propios del entorno judicial, mientras que las modalidades de declaración adaptadas a la infancia y la adolescencia contribuyen a reducir un impacto emocional y psicológico negativo¹³.

1.2. La prueba preconstituida

La perturbación psico-emocional de la víctima menor de edad en el proceso ha representado un problema persistente en el sistema penal. A nivel internacional y europeo se han venido propugnando diversas medidas para mitigar este fenómeno, entre las que se ha destacado como principal protagonista la grabación de la declaración en instrucción¹⁴, ya que permite abordar diversos aspectos de la victimización secundaria, como las demoras en el proceso, la intimidación ambiental de la audiencia o el trato insensible o invasivo durante la toma de testimonio. Esta serie de recomendaciones ha impregnado el ordenamiento jurídico español y ha encontrado concreción a través de la figura de la prueba preconstituida, prevista originalmente en los artículos 448 y 449 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (en adelante, LECrim).

En España, con carácter general, reciben la consideración de pruebas todas las practicadas durante el juicio oral en presencia del juez decisor y con plena intervención de los principios de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad¹⁵. Sólo aquellas que cumplan estas condiciones tendrán la capacidad de desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. De lo anterior se desprende ya un rasgo definitorio de la prueba preconstituida, pues constituye una excepción a la norma general establecida en el artículo 730 de la LECrim.

La prueba preconstituida es una institución procesal extraordinaria, conformada por diligencias de instrucción, por la cual se permite el aseguramiento de fuentes de prueba ante el riesgo de pérdida o alteración sustancial mediante el empleo de un medio documental. En su configuración inicial, las justificaciones abarcaban la indisponibilidad del testigo en juicio oral con motivo de enfermedad, ausencia del territorio español o riesgo de fallecimiento¹⁶. No obstante, posteriormente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo empezó a

¹² GOODMAN/TAUB/JONES/ENGLAND/PORT/RUDY/PRADO, «Testifying in criminal court: Emotional effects on child sexual assault victims», *Monographs of the Society for Research in Child Development*, serie 229, vol. 57, núm. 5, 1992, pp. 44-63; y QUAS/GOODMAN/GHETTI/ALEXANDER/EDELSTEIN/REDLICH/CORDON/JONES/HAUGAARD, «Childhood sexual assault victims: Long-term outcomes after testifying in criminal court», *Monographs of the Society for Research in Child Development*, serie 280, vol. 70, núm. 2, 2005, pp. 57-76.

¹³ SAYWITZ/NATHANSON, «Children's testimony and their perception of stress in and out of courtroom», *Child Abuse and Neglect*, vol. 17, núm. 5, 1993, pp. 617-618; y GOODMAN/TOBEY/BATTERMAN-FAUNCE/ORCUTT/THOMAS/SHAPIRO/SACHSENMAIER, «Face-to-face confrontation: Effects of closed-circuit technology on children's eyewitness testimony and jurors' decisions», *Law and Human Behavior*, vol. 22, núm. 2, 1998, p. 187.

¹⁴ Vid. artículo 8 de la Decisión Marco 2001/220/JAI; artículo 35 del Convenio para la protección de los niños y niñas contra la explotación y el abuso sexual de 25 de octubre de 2007; reglas 70 y 71 de las Reglas de Brasilia; y artículo 24 de la Directiva 2012/29/UE.

¹⁵ Vid. STC (Sala Primera) 31/1981, de 28 de julio (BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981); STC (Sala Segunda) 150/1987, de 1 de octubre (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1987); y STC (Sala Primera) 217/1989, de 21 de diciembre (BOE núm. 10, de 11 de enero de 1990).

¹⁶ Vid. STS 4994/1990, Penal, de 27 de junio [ECLI:ES:TS:1990:4994]; STS 15785/1992, Penal, de 14 de septiembre [ECLI:ES:TS:1992:15785]; STS 14941/1992, Penal, de 15 de enero [ECLI:ES:TS:1992:14941]; y STS 15904/1993, Penal, de 26 de marzo [ECLI:ES:TS:1993:15904].

ampliar los supuestos tradicionales para dar cobertura a las declaraciones de la infancia y la adolescencia ante supuestos de victimización secundaria¹⁷.

Esta orientación hacia la protección del menor ha recibido un reconocimiento legislativo más firme a partir de la *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia* (en adelante, LOPIVI), convirtiendo en excepción la declaración del menor de 14 años en audiencia pública con la inclusión del nuevo artículo 449 *ter* de la LECrim¹⁸. A su vez, con ocasión de la reforma, se ha procedido a consolidar la figura con la inclusión de una regulación sistemática de la que hasta entonces se carecía. En el también recientemente incorporado artículo 449 *bis* de la LECrim se delimitan los cuatro requisitos que deberá acatar la prueba preconstituida para que pueda reputarse válida.

La primera de ellas exige la acreditación de la imposibilidad de que la declaración pueda prestarse en la fase de enjuiciamiento. La sola condición de ser menor de 14 años se considera suficiente para entender cumplida esta exigencia. A continuación, se requiere que durante la realización de la grabación estén presentes el juez instructor, el fiscal y la defensa. En tercer lugar, si bien la comparecencia del acusado no es preceptiva, la de su defensa letrada sí resulta obligatoria, por cuanto asegura la adecuada oportunidad para la contradicción. En el supuesto de incomparecencia injustificada del abogado o por razones de urgencia, el mismo precepto contempla la posibilidad de designar un abogado de oficio con tal de salvaguardar el derecho de defensa del investigado. Y, por último, la prueba preconstituida resultante debe ser reproducida en juicio oral conforme lo determinado en el artículo 730 de la LECrim.

1.3. Balance de costes y beneficios

a. De corte jurídico-procesal

Al margen de su reconocimiento internacional como instrumento de tutela, desde sus orígenes la prueba preconstituida ha sustentado su valor con motivaciones procesales al contribuir a alcanzar la denominada verdad procesal¹⁹. En otras palabras, no solo protege a aquellos justiciables especialmente vulnerables, sino que también permite asegurar la eficacia del proceso judicial al posibilitar que el tribunal tenga a su alcance suficientes elementos probatorios para fundamentar una resolución.

Aun cuando los hechos hayan alcanzado a ser puestos en conocimiento de los tribunales, existen diversas circunstancias que pueden devaluar el testimonio. En la medida en que el proceso puede inducir emociones negativas de gran intensidad, ello puede repercutir negativamente en la

¹⁷ Vid. STS 3678/2006, Penal, de 2 de junio [ECLI:ES:TS:2006:3678]; STS 151/2007, Penal, de 28 de febrero [ECLI:ES:TS:2007:1585]; STS 743/2010, Penal, de 17 de junio [ECLI:ES:TS:2010:4235]; y STS 884/2010, Penal, de 6 de octubre [ECLI:ES:TS:2010:5244].

¹⁸ CASTILLEJO MANZANARES, «Modelo procesal de adaptación de la víctima menor en el proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 66, 2025, p. 22 y CASANOVA MARTÍ, «La prueba preconstituida como mecanismo de protección de las personas menores víctimas de violencia sexual en el proceso penal a la luz del nuevo art. 449 *ter* LECrim», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2022, pp. 82-83.

¹⁹ DURÁN SILVA, «La especial vulnerabilidad de la víctima en el Derecho penal procesal español» en MOYA GUILLEM (dir.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 263-264; y HUERTAS MARTÍN, «La presunción de inocencia en procesos con víctimas especialmente vulnerables» en BUJOSA VADELL/DEL POZO PÉREZ (dir.), *Protocolos de actuación con víctimas especialmente vulnerables: Una guía de buenas prácticas*, Thomson Reuters, 2019, p. 56.

memoria del testigo y/o víctima²⁰. Al mismo tiempo, el transcurso del tiempo entre fases procesales, la repetición del recuerdo y la exposición a contaminaciones por parte de terceros pueden perjudicar de igual manera en la huella de memoria del menor²¹. Ante este panorama, la toma anticipada de la declaración, al limitar el riesgo de confrontación directa; adaptar las dependencias en las que el menor declara, facilitar la participación de equipos psicosociales; y restringir la participación de la víctima a la fase inicial del proceso, permite proteger la indemnidad del recuerdo²².

Con todo, las limitaciones procesales han tendido a imponerse a las ventajas dentro de la doctrina procesal. Las objeciones relativas a las restricciones que la prueba preconstituida impone a los principios rectores de la prueba penal han constituido una constante en el debate sobre su encaje garantista en el proceso penal español.

Por lo que se refiere a la inmediación, la crítica principal radica en la presunta distancia que se establece entre prueba testifical y órgano decisor²³, en tanto se ha entendido que la convicción judicial alcanza un grado superior cuanto mayor es la proximidad con el testigo o la víctima²⁴. En el ámbito de la prueba testifical se ha otorgado aún mayor relevancia, si cabe, a esta proximidad al considerarse que la interpretación de los elementos paralingüísticos puede resultar crucial para la valoración de la declaración²⁵. Ahora bien, la preconstitución del testimonio supone un desafío a la interpretación clásica de la inmediación puesto que la percepción de dichos gestos o manifestaciones se ven mediados por recursos audiovisuales, lo que conlleva una restricción espacio-temporal del principio²⁶.

En atención a esta valoración, conviene destacar cómo la Psicología jurídica y de testimonio contribuye a cuestionar la relevancia que se atribuye a este principio desde un enfoque puramente procesal. Ambas disciplinas señalan la carencia de evidencia que respalde la

²⁰ SAYWITZ/NATHANSON, «Children's testimony and their perception of stress in and out of courtroom», 1993, pp. 613 ss; NATHANSON/SAYWITZ, «The effects of courtroom context on children's memory and anxiety», *The Journal of Psychiatry & Law*, núm. 31, 2003, pp. 67 ss; REY ANASTASI/PEDROCHE GARDE/MARTÍNEZ MIGUEL, «La intervención del psicólogo en la prueba preconstituida. Un nuevo reto profesional», *Información Psicológica*, núm. 114, 2017, pp. 121-122; y VARA/MANZANERO/VALLET, «Víctimas de abuso sexual especialmente vulnerables: Obtención del testimonio», *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 57, 2021, p. 8.

²¹ GOODMAN/TAUB/JONES/ENGLAND/PORT/RUDY/PRADO, «Testifying in criminal court: Emotional effects on child sexual assault victims», 1992, pp. 44-63; CECI/BRUCK, «Suggestibility of the child witness: A historical review and synthesis», *Psychological Bulletin*, vol. 113, núm. 3, 1993, pp. 403 ss; y 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, p. 230.

²² CASANOVA MARTÍ, «La prueba preconstituida como mecanismo de protección de las personas menores víctimas de violencia sexual en el proceso penal a la luz del nuevo art. 449 ter LECrim», 2022, pp. 82-83; y ARANGÜENA FANEGO, «Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, núm. 3, 2022, p. 1097.

²³ ORMAZABAL SÁNCHEZ, «El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctima en el proceso penal español. Especial referencia al menor testigo» en ARMENTA DEU/ROMÍ VALL-LLOVERA (coord.), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Colex, 2010, p. 141.

²⁴ CABEZUDO RODRÍGUEZ, *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 22-23.

²⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, «Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)», *Jueces para la Democracia*, núm. 46, 2003, pp. 58-59.

²⁶ MUERZA ESPARZA, «Sobre los límites a la prueba preconstituida en el proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 39, 2016, p. 770; y ARANGÜENA FANEGO, «Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal», 2022, p. 1105.

presunción de que la percepción directa de la comunicación no verbal posibilite discernir con mayor acierto si una persona miente o dice la verdad²⁷. De igual modo, la posibilidad de visualizar y escuchar al menor mediante las nuevas tecnologías permite que la declaración no sea radicalmente distinta ni comprometa la inmediación, lo cual sería inevitable en el caso de una declaración escrita.

Con respecto a la contradicción, la presunta vulneración de los derechos de defensa ha suscitado una preocupación aún mayor²⁸. Tomando como base el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, el precepto reconoce en su apartado 3.d) el derecho del acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su perjuicio, el cual debe tomarse en consideración junto a lo determinado en los artículos 10 y 24.2 de la Constitución Española. ARANGÜENA FANEGO, a este respecto, recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce al acusado el derecho a que toda actividad probatoria se desarrolle en audiencia pública, en su presencia y con vistas a un debate contradictorio²⁹. En consecuencia, la prueba preconstituida, sustanciándose en fase distinta a la ordinaria, ha sido considerada contraria al derecho de defensa.

Ante estos planteamientos, cabe traer a colación que la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la sustitución de la presencia del menor en juicio por la prueba preconstituida es favorable, en la medida en que admite esta posibilidad. En los asuntos de P.S. contra Alemania de 20 de diciembre de 2001; Bocos Cuesta contra Países Bajos de 10 de noviembre de 2005; y A.H. contra Finlandia de 10 de mayo de 2007, el tribunal insiste en que el empleo de la declaración videograbada se adecúa a los derechos de defensa cuando se encuentre fundamentado en motivos de seguridad de la víctima. Todo ello, siempre que el acusado haya sido debidamente informado de dicha circunstancia y haya tenido la oportunidad de contradecir su relato, ya sea de manera directa o a través de su representante.

b. De corte victimológico

Considerando que el sometimiento del menor a prestar numerosas declaraciones o a múltiples exámenes, así como la prolongada implicación en el sistema judicial que esto conlleva, puede resultar perjudicial, la prueba preconstituida permite limitar su participación a la fase de instrucción³⁰. De igual modo, la posibilidad de contar con la intervención de equipos psicosociales permite adaptar el ritmo de la entrevista y el lenguaje empleado, así como limitar la exposición del menor a múltiples profesionales, lo que contribuye a disminuir la sensación de intimidación presente en el circuito tradicional³¹. Todo ello considerando, además, que, tal como

²⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, «Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)», 2003, pp. 57-62 y NIEVA FENOLL, «Los sesgos cognitivos y la prueba: huyendo de la intuición del juez», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2025, p. 397.

²⁸ ORMAZABAL SÁNCHEZ, «El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctima en el proceso penal español. Especial referencia al menor testigo», 2010, p. 141.

²⁹ ARANGÜENA FANEGO, «Exigencias en relación con la prueba testifical contenidas en el artículo 6.3.d) del CEDH» en GARCÍA ROCA/SANTOLAYA MACHETTI (coord.), *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 459-462.

³⁰ MARAVALL BUCKWALTER, *La declaración del menor en el proceso penal. Admisibilidad y práctica en el Derecho internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 195.

³¹ SAYWITZ/JAENICKE/CAMPARO, «Children's knowledge of legal terminology», *Law and Human Behavior*, vol. 4, núm. 6, 1990, pp. 524-534; y ZAJAC/GROSS/HAYNE, «Asked and answered: Questioning children in the courtroom», *Psychiatry, Psychology and Law*, vol. 10, núm. 1, 2003, pp. 199-209.

se configura en España, la entrevista se desarrolla fuera de la sala de audiencias, pudiendo llevarse a cabo en un despacho o sala multiusos, la cámara Gesell o a través del modelo Barnahus³², que se encuentra en pleno proceso de implementación en nuestro país³³.

En conjunto, los estudios realizados en el ámbito de la violencia infantojuvenil ponen de relieve los riesgos de sujetar a los menores de edad a los exigentes estándares de un modelo procesal adultocéntrico. Mediante diversas propuestas de protocolo se aconseja la toma de declaración a través de expertos, la habilitación de espacios amigables con la infancia y la adolescencia y la limitación del número de exploraciones, directrices que la evidencia empírica ha determinado como inherentes a la preconstitución de la prueba testifical³⁴.

Dejando a un lado las ventajas, las críticas victimológicas se dirigen a la forma en que ha sido regulada tras la promulgación de la LOPIVI. En primer lugar, se cuestiona la obligatoriedad de su empleo, dado que el acceso automático ha dejado a un lado al menor al no garantizarle su derecho a ser oído ni tampoco su interés superior desde la perspectiva de la autonomía progresiva³⁵. A su vez, esta imperatividad no cubre a los menores de entre 14 y 18 años, lo que ha originado un panorama incierto al no disponer la norma si estos menores tienen acceso a dicha prerrogativa³⁶. Sin embargo, tanto el límite etario como el carácter preceptivo únicamente condicionan la práctica de la prueba preconstituida, no su posterior admisión.

2. Metodología

2.1. Objetivos

El objetivo general que persigue el presente estudio es conocer la realidad judicial de la admisión y la práctica de la prueba preconstituida de las víctimas menores de edad en el proceso penal español cuando su uso se justifica por la necesidad de evitar la victimización secundaria. Con el

³² El modelo Barnahus se origina en Islandia en la década de 1990. Esta propuesta plantea la creación de un sistema de justicia e intervención amigable con la infancia y la adolescencia victimizada a partir de una cooperación interdepartamental y multidisciplinar de los servicios encargados del abordaje de supuestos de abusos sexual infantojuvenil. Para ello, se crea un espacio único destinado donde los menores de edad víctimas de violencia sexual puedan realizar todas las actuaciones destinadas al enjuiciamiento del delito y la recuperación del menor. En el ámbito procesal, se destaca la posibilidad de emplear estos espacios para la realización de la prueba preconstituida, evitando, así, que el menor deba desplazarse a las inmediaciones judiciales para declarar.

³³ ARANTEGUI ARRÀEZ, «El uso de cámaras Gesell con niños: Derechos humanos y victimización secundaria», *Revista de Victimología*, núm. 13, 2022, pp. 40 ss; y TORRES ROSELL/CRUZ JIMÉNEZ/HERNÁNDEZ HIDALGO/CASANOVA MARTÍ, «Indicadores de victimización secundaria en procesos penales por violencia sexual infantil en el contexto Barnahus», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2025, pp. 375-376.

³⁴ GONZÁLEZ/MUÑOZ/SOTOC/MANZANERO, «Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables», 2013, pp. 227-237; REY ANASTASI/PEDROCHE GARDE/MARTÍNEZ MIGUEL, «La intervención del psicólogo en la prueba preconstituida. Un nuevo reto profesional», 2017, pp. 119-131; y BAÑÓN GONZÁLEZ/GRIJALBA MAZO, «Guía de buenas prácticas para la declaración en el proceso penal de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección: Intervención desde la Psicología forense, en particular en la prueba preconstituida», *Ministerio de Justicia*, 2022, pp. 20-26.

³⁵ MARTÍN RÍOS, «La protección del menor en el proceso penal español: ¿El fin justifica los medios?» en Asencio Mellado/Fuentes Soriano (dir.), *El proceso como garantía*, Atelier, 2023, p. 698.

³⁶ ARANGÜENA FANEGO, «Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal», 2022, p. 1111; PILLADO GONZÁLEZ, «La declaración de la víctima menor y las medidas para evitar su revictimización» en BARONA VILAR (dir.), *Justicia poliédrica en período de mudanza. Nuevos conceptos, nuevos sujetos y nueva intensidad*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 560-561; y DURÁN SILVA, «La especial vulnerabilidad de la víctima en el Derecho penal procesal español», 2023, pp. 262-263.

propósito de concretar este mismo objetivo general, se establecieron los siguientes objetivos específicos:

1. *Obtener datos de índole cualitativa referentes a la prueba testimonial preconstituida en procesos penales concernientes a menores de edad*: a pesar de la gran relevancia que ha adquirido la prueba preconstituida, se ha identificado una importante laguna de estudios empíricos relativos al empleo de esta herramienta. A este respecto, se pretende contribuir a completar el conocimiento existente mediante este estudio.
2. *Determinar cuáles son las ventajas que se obtienen de la prueba preconstituida del menor de edad*: se pretende corroborar si los planteamientos teóricos llevados hasta la fecha sobre sus beneficios, tanto victimológicos como procesales, encuentran respaldo en la realidad judicial.
3. *Identificar las principales dificultades que plantea la prueba preconstituida en el sistema penal español*: al margen de la reforma recientemente introducida, la prueba preconstituida continúa careciendo de una regulación precisa y, al mismo tiempo, ha suscitado un profundo debate doctrinal en torno a su compatibilidad con el sistema de garantías procesales. Es por este motivo que se ha considerado necesario corroborar si las críticas que comúnmente han acompañado a la figura se confirman en la práctica.
4. *Conocer la percepción subjetiva de los operadores judiciales ante la prueba preconstituida del menor de edad*: los jueces y los fiscales ostentan un gran poder de decisión respecto a la adopción de mecanismos de protección, entre los cuales se ha venido destacando la prueba preconstituida. A partir de esta consideración, y en atención a las lagunas normativas identificadas, se ha considerado indispensable profundizar en la opinión y valoración que mantienen estos profesionales del Derecho.

2.2. Diseño metodológico y procedimiento

La investigación se ha llevado a cabo empleando una metodología cualitativa. Dado que uno de los objetivos centrales del estudio consiste en explorar y conocer la perspectiva de los operadores judiciales implicados en la práctica de la prueba preconstituida, se determinó que la entrevista semiestructurada es el instrumento de recolección de datos más idóneo para tal fin. Con la posibilidad de introducir cierto grado de flexibilidad, el guion se compone de un total de 14 preguntas abiertas, organizadas en las siguientes unidades temáticas generales: introducción, regulación de la prueba preconstituida tras la aprobación de la LOPIVI, principales ventajas e inconvenientes de la prueba preconstituida, consideración subjetiva de los operadores judiciales ante la prueba preconstituida y cierre y reflexión abierta.

La mayor parte de las entrevistas efectuadas en Cataluña se llevaron a cabo presencialmente. En cambio, aquellas correspondientes a participantes ubicados en otras Comunidades Autónomas se desarrollaron de manera telemática mediante la plataforma *Teams*. En lo relativo a la duración de los encuentros, la media aproximada fue de 40 minutos, siendo la mínima de 26 minutos y la máxima de 55. Finalmente, en cuanto a los compromisos éticos y de protección de datos asumidos ante el *Comitè d'Ètica i Bioseguretat de la Universitat de Girona*, éstos se garantizaron mediante el consentimiento informado suscrito por los participantes y la anonimización de los datos recogidos.

2.3. Muestra

La selección de participantes se efectuó a través de un muestreo intencional de carácter no probabilístico dentro de la población de jueces, magistrados y fiscales de la jurisdicción penal en España. Dentro del orden penal se seleccionaron los órganos judiciales encargados de llevar a cabo la investigación del delito – Juzgados de Instrucción, Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y Juzgados de Violencia contra la Mujer –, así como los órganos con competencias para el enjuiciamiento – Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales³⁷ –. No se aplicaron criterios de exclusión ni cuotas referentes a género, edad o territorio.

La toma de contacto se realizó vía correo electrónico a partir de las direcciones públicas facilitadas por el Directorio de Órganos Judiciales del Poder Judicial de España y, subsidiariamente, por muestreo de bola de nieve. Se enviaron un total de 3.341 correos por el territorio español y se recibieron 49 respuestas favorables a la participación, de las cuales se materializaron 30 encuentros. De este número, se excluyeron 2 entrevistas por no alcanzar el tiempo mínimo indispensable para recabar información relevante y por haberse apreciado deficiencias en el sonido que imposibilitaron su transcripción.

La muestra final se compone de 28 operadores judiciales con experiencia en la práctica y admisión de la prueba preconstituida de la víctima menor de edad. Respecto a su distribución, 10 desempeñan sus funciones en la fase de audiencia – 8 magistrados y 2 jueces –; 9 en la fase de instrucción – 8 magistrados y 1 juez –; y, finalmente, 9 son fiscales. La muestra se distribuye geográficamente por el territorio español, si bien hay una mayor presencia de participantes en el territorio catalán: 15 participantes se encuentran en Cataluña; 6 en el País Vasco; 2 en Madrid; 2 en Andalucía; 1 en Galicia; 1 en La Rioja; y 1 en Extremadura. Sobre los datos demográficos, 15 participantes fueron hombres (53,57%) y 13 participantes fueron mujeres (46,43%), con una edad promedio de aproximadamente 48 años.

3. Resultados

3.1. Sobre la nueva regulación de la prueba preconstituida

Antes de la reforma llevada a cabo en 2021, una de las críticas más recurrentes hacia la preconstitución era su falta de concreción normativa. Al respecto, los participantes coinciden en valorar positivamente el contenido de la LOPIVI en esta materia, habiéndose identificado un total de 5 elementos reseñables: la obligatoriedad de llevar a cabo la documentación del testimonio con menores de 14 años (n=26); el asentimiento de directrices en la ley procesal (n=13), el fortalecimiento de la postura del menor en el proceso en sintonía con los derechos del acusado (n=13); la inclusión de los equipos psicosociales (n=7) y el impulso para la expansión del modelo Barnahus (n=4). Además, varios participantes pusieron de manifiesto que estos criterios, lejos de ser novedosos, reflejan una formalización de la práctica forense:

³⁷ El estudio se desarrolló hasta inicios de 2025, con anterioridad a la entrada en vigor de la *Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, lo que implicó que se conservase la estructura organizativa de los tribunales vigente hasta entonces.

La ley ha venido a objetivar algo que se hacía en la práctica y ha venido a especificar y a dar criterios a cuestiones que, en base de muchos años de ensayo y error y desarrollo, pues los juzgados, con mayor o menor acierto, habían ido perfilando (JS01).

Si bien los entrevistados consideran que la regulación no ha supuesto un cambio de paradigma, una amplia mayoría (n=22) estima que sí ha generado un incremento en la práctica de la prueba preconstituida. Atribuyen esta circunstancia a la obligatoriedad establecida por el artículo 449 *ter* de la LECrim, argumentando que la voluntad de la reforma ha sido garantizar el acceso incondicionado a esta medida a los menores de edad y restringir la discrecionalidad de la autoridad judicial.

En esta misma línea, al explorar si esta tendencia se replica en la admisión de la prueba, los participantes comparten la misma consideración al señalar una mayor parte (n=18) que el número de videgrabaciones aceptadas en juicio oral ha aumentado desde 2021. En este sentido, algunos señalan que su admisión y su valoración son prácticamente automáticas con motivo de la delimitación de criterios:

(...) viene unido la ley y la fuerza, que se doten de medios y esos medios hacen a quien tiene que valorar la prueba le dé más seguridad porque ya son pruebas que se pueden considerar pertinentes, ¿no? Entonces, sí, se admiten con una mayor facilidad porque vienen respaldadas legalmente. Para denegarla también tienen que motivarlo (F03).

Al objeto de analizar más a fondo la nueva ordenación, conviene abordar algunas de sus lagunas. Habiéndose delimitado la edad de 14 años para el acceso automático a la preconstitución, queda un tramo de edad – entre los 14 y los 18 años – sobre el que la normativa no se pronuncia. Esta ausencia de mención ha derivado en la incógnita acerca de si dicha franja de edad puede emplear este mecanismo. A este respecto, la práctica totalidad de la muestra considera que sí tienen derecho a acceder a la prueba preconstituida, pero siempre atendiendo al caso particular y valorando, individual o conjuntamente, 5 ítems: la vulnerabilidad particular del menor (n=15); la naturaleza del delito (n=13); la gravedad de los hechos (n=8); la edad concreta del adolescente (n=2); y el rol que asume en el proceso penal (n=2). La valoración de cada uno de estos factores recae sobre la discreción de la autoridad judicial, siendo posible recabar una evaluación previa a cargo de los equipos psicosociales. Sobre esto, algunos de los operadores judiciales manifiestan que este trámite es habitual en su actuación, mientras que otros consideran tener la suficiente experiencia para saber identificar situaciones de riesgo sin el auxilio de terceros.

Ahora bien, un participante comparte una experiencia personal que ejemplifica la posibilidad de no detectar a un menor vulnerable cuando no se cuenta con la participación de profesionales multidisciplinares, más allá de la experiencia profesional y la intención de actuar con sensibilidad:

He tenido una menor de 15 años y no lo hice como prueba preconstituida. Le tomé declaración, no vino prácticamente nadie, sólo estábamos la fiscal y yo, y luego los informes técnicos... Es decir, luego estaba tan afectada por la situación que me llamaron directamente de todos los equipos técnicos, médicos incluso, se pusieron en contacto conmigo para decirme que, por favor, lo hiciera como prueba preconstituida para evitarle lo que iba a implicar el juicio (MI03).

Retomando el artículo 449 *ter* de la LECrim, la obligatoriedad establecida se limita a la práctica de la prueba cuando la víctima es menor de 14 años. La duración del proceso puede llevar a que

la víctima haya superado la edad prevista para el juicio oral, lo que genera dudas sobre si la videograbación sigue siendo admisible. En lo que concierne a esta cuestión, emergen dos posturas contrapuestas. La primera de ellas, con una clara predominancia (n=25), sostiene que, a pesar de no contar con una base normativa categórica, el ingreso de la prueba preconstituida en juicio oral es una consecuencia que redundará en la voluntad de la reforma motivada por la LOPIVI:

Hasta donde yo tengo conocimiento, no debería poderse repetir porque eso iría, literalmente, en contra de lo que se pretende conseguir con la prueba preconstituida. (...) Si se vuelve a repetir, no deja de ser una... echar en tierra todo lo que se ha intentado conseguir con la formalidad de la declaración de la prueba preconstituida (...) No estoy seguro de si eso se puede hacer, pero... yo creo que... yo creo que no se debería hacer (MI01).

Asimismo, esta inadmisión no es automática. Por un lado, puede darse que alguna de las partes solicite prescindir de la grabación. Por el otro, el tribunal continúa disponiendo de un cierto poder para requerir una declaración pública. A partir de las experiencias compartidas por los participantes, se identificaron tres resultados derivados de este ejercicio discrecional: la admisión de la grabación cuando quien declara continúe por debajo de los 18 años; la admisión de la grabación cuando quien declara sea mayor de 18 años y se disponga de informe psicosocial que acredite su vulnerabilidad; y la admisión de la grabación cuando se cumplan los requisitos normativos, con independencia de la edad.

La segunda postura, sin embargo, asevera que, decaída la causa que justificó la preconstitución del testimonio, no debería proceder la admisión de dicha prueba, puesto que se habría extinguido la imposibilidad de declarar con motivo del riesgo de victimización secundaria:

Claro, en el caso de los menores, no estamos hablando de irrepitibilidad o imposibilidad futura. Estamos hablando que no conviene o no se recomienda, pero la imposibilidad no está. Mi criterio es si... cuantos casos han pasado que tenemos un procedimiento donde era un menor de 14 años y 4, 5 años después se da el juicio. Mi criterio es que la preconstitución ha desaparecido. (...) Si ha decaído el elemento que justificó la preconstitución, como es un elemento temporal, la edad, ha decaído la preconstitución (JS01).

3.2. Sobre las luces y sombras de la prueba preconstituida

a. *Ventajas victimológicas y procesales*

La práctica mayoría de los entrevistados (n=27) coinciden en señalar que el principal valor de la documentación audiovisual del testimonio reside en su capacidad para reducir el riesgo de victimización secundaria en niños, niñas y adolescentes. De este beneficio principal, son diversas las buenas prácticas que acompañan el mecanismo.

La segunda ventaja (n=20) es la reducción del tiempo total que el menor se ve involucrado en el sistema penal. Siendo el enjuiciamiento la fase ordinaria designada para la práctica de la prueba, no pasa por alto que el tiempo mediado entre la denuncia y el juicio puede alargarse de forma excesiva, lo que imposibilita al menor desvincularse del proceso y un acceso temprano a servicios de terapia psicológica.

En sus palabras, esta fuente de perjuicios puede cercenarse en el momento en que la única actuación que requiere de la participación del menor se limita a la instrucción, momento en que el relato de los hechos queda fijado desde el mismo momento en que se documenta. Así, el propósito que se persigue mediante el mecanismo es limitar las comparecencias judiciales al mínimo indispensable:

Sabemos el trauma que supone el estrés postraumático, cómo hace revivir a la víctima cada vez que tiene un acceso a la información de lo que pasó... Para declarar en un juicio hay que hacer esa operación de acceso a lo que pasó, recuperar la memoria, volver a describirla... Y eso sabemos que condiciona la recuperación y que produce efectos traumáticos por sí mismo, ¿no? Entonces, si eso es así, ¿por qué tenemos que someter a la víctima a una nueva revictimización? (MS01).

De esta misma ventaja se desprende una tercera: la adecuación de los espacios físicos (n=13). El ambiente judicial es descrito por los participantes como intimidante y manifiestan que es recurrente que los niños y los adolescentes se sientan sobrecogidos, mientras que la preconstitución sitúa al menor en un ambiente más informal, bien sea mediante una cámara Gesell, en una sala polivalente o en instalaciones Barnahus. No obstante, se han identificado ciertas reticencias a la extensión de éstos últimos, ya que podría implicar un riesgo para la objetividad del sistema penal español y una sobrecarga de trabajo para los operadores judiciales:

¿Qué se han pensado? ¿Que estaremos todo el día en el Barnahus? Hombre, esto no es serio, eh... Es que esto me parece una barbaridad. (...) Y, honestamente, a mí ya me gustaba como lo hacíamos aquí. (...) Las reglas del juego no podemos dejarlas a un lado y las reglas del juego, pienso, son más garantistas si las hacen quien las sabe hacer. ¿Quién sabe hacer las reglas del juego? ¿Quién conoce las reglas del juego del procedimiento penal? ¿Quién las aplica cada día? ¿Quién tiene la obligación de que se cumplan? Nosotros. (F01).

De forma similar, la limitación de la participación del menor en la investigación favorece la reducción del número de profesionales a los que se expone (n=4). Aun con mayor incidencia en los delitos de carácter sexual o violento, la víctima es objeto de un amplio abanico de exámenes médicos y psicológicos para la cuantificación o la valoración de las lesiones atribuibles al delito. Si a ello se suma la cantidad de profesionales del Derecho que interactúan con el menor, el número de personas con las que debe entrar en contacto es significativamente alto e induce la experimentación de emociones negativas.

Al mismo tiempo, también es posible favorecer la intervención de equipos psicosociales (n=15). Los informantes destacan esta fortaleza y la consideran especialmente valiosa porque permite generar un clima cercano, identificar indicadores de reticencia o bloqueo y adaptar el ritmo del encuentro al niño o el adolescente. Los operadores subrayan la relevancia de las competencias de psicólogos y trabajadores sociales en relación con el abordaje de menores con algún tipo de discapacidad o neurodivergencia:

Tienes que tener en cuenta que las personas con problemas de discapacidad, no estamos hablando visual, sino de expresión, niños con TDAH o que tengan dificultades, niños que tengan un proceso de comunicación que solo entienden el padre, la madre, los hermanos... permite que puedan tener acceso a la justicia, que es algo que todavía no se les había tomado en consideración (MS04).

Dando paso a los beneficios procesales, la ventaja con mayor respaldo radica en que permite minimizar el riesgo de pérdida de elementos relevantes del relato frente a pérdidas de memoria

(n=16). No pasa desapercibido para los participantes que un factor que aumenta la probabilidad de que ciertos detalles del suceso se pierdan es el elemento temporal, bien porque el delito no es denunciado inmediatamente, bien porque han transcurrido meses o años entre la instrucción y el juicio. En el mismo sentido, para los informantes la prueba preconstituida contribuye a reducir un riesgo de naturaleza similar: la contaminación del recuerdo (n=9), ya sea por la sugestión de terceros o por la constante repetición del relato:

Está demostrado empíricamente que cuando tú exploras varias veces a un menor, primero, depende mucho de cómo se haga la exploración, el sugerir la respuesta y, por otro lado, muchas veces ya no sabes si al niño lo han explorado 5 veces en la policía, en instrucción, en fase de enjuiciamiento o qué es un recuerdo auténtico o cuál es un recuerdo inducido. Porque, al final, a base de repetir la historia, la van a alterar (MI08).

Estas dos ventajas conforman un beneficio más amplio: el aseguramiento de la prueba (n=13). Esta consideración se sustenta en dos premisas. La primera es la necesidad de custodiar pruebas testificales determinantes que podrían no estar disponibles en audiencia, especialmente en casos donde los menores son víctimas de delitos que implican movilidad forzada y dificultan su localización, como los supuestos de trata de personas. La segunda reside en la consecución de la verdad procesal, basada en las pruebas presentadas y practicadas. El malestar de la víctima puede derivar en respuestas evasivas, incompletas o alteradas. En cambio, la preconstitución probatoria incrementa las posibilidades que el relato sea más claro y preciso:

Nosotros no queremos el testimonio de un menor que nos diga lo que el fiscal quiere escuchar. Los fiscales queremos que los menores declaren lo que ha pasado de verdad para atinar lo más posible y pedir la condena si es culpable o la absolución si es inocente. Por lo tanto, estamos siempre a favor de que todos los medios se pongan en el canal necesario para que ese menor o esa persona diga la verdad, lo que ha pasado (F03).

En menor medida, algunos entrevistados consideran que la prueba preconstituida favorece la eficiencia procesal (n=5). En este sentido, la declaración audiovisual contribuye a una mayor celeridad en la audiencia al reducir la carga de trabajo del juez de valorar en tiempo real la pertinencia o la necesidad de las preguntas. Más aún, destacan que los delitos cometidos contra la infancia y la adolescencia son abordados rápidamente por el sistema penal, siendo la entrevista documentada con el menor una de las actuaciones con mayor prioridad:

En este caso, como las pruebas preconstituidas son, además... tienen un carácter prioritario a efectos de cualquier otro tipo de señalamientos. Se asegura que, cuando se haga una prueba preconstituida con un menor, siempre se le tome declaración al investigado, por lo cual es un trámite que se quita de en medio y que ya se puede tender a terminar el procedimiento mucho más rápido. Además, también al mismo tiempo se garantiza que el miembro del equipo técnico que está entrevistando al menor pueda realizar un informe sobre la situación y la capacidad del menor, que, posteriormente, luego siempre también viene muy bien para... valorar, entonces, cuánta credibilidad se le puede dar a la declaración del mismo. (...) Eso acelera muchísimo la causa (MI01).

Finalmente, el quinto beneficio repercute de manera directa sobre el acusado y su defensa técnica (n=2). Aunque solo una pequeña fracción de los participantes comparte esta percepción, se considera que el mecanismo facilita el acceso anticipado al contenido de la declaración del menor, lo que les permite conocer de antemano la versión completa de los hechos aportada por el menor y, a partir de ello, elaborar una estrategia defensiva más informada y sólida en vistas del juicio oral.

b. *Desventajas victimológicas y procesales*

La gran mayoría de los participantes no ha destacado elementos que puedan afectar negativamente al menor. Son dos los relatos que manifiestan cierta inquietud respecto a dos elementos propios de la prueba preconstituida, uno referente a la actual disponibilidad de medios y otro a su regulación en España.

Una primera observación toma pone el foco de atención en la carencia de infraestructuras adaptadas a la infancia y la adolescencia, la escasa formación del personal y las disfunciones propias de los recursos audiovisuales. La experiencia de estos obstáculos es señalada como un factor con el suficiente potencial para generar irritabilidad y frustración en la comitiva judicial, comprometiendo el trato adecuado que el menor debe recibir:

(...) y todo eso, además, presuponiendo, lo que digo, que la conexión de la videoconferencia sea buena, que todo vaya bien, que el audio se escuche bien, porque si ya encima tenemos esos problemas añadidos, pues a lo mejor podemos tardar 1 hora, 1 hora y media, que es lo que me pasó la última vez que hice dos preconstituídas. Solamente para conectar todo correctamente y poder iniciar la prueba del menor. Y al final, todos estos problemas técnicos, aparte del perjuicio que nos supone a los operadores jurídicos, porque es tedioso o porque, al final, te estresas, te cansas, etcétera y repercute en el propio menor que tiene que declarar (JI02).

Una segunda pone de relieve su preocupación por la automaticidad de la práctica de la prueba preconstituida. Tal y como se contempla en la ley procesal, el acceso directo al recurso se ha visto simplificado, pero a expensas de los deseos y opiniones del menor. Debido a esta merma del derecho a la participación, se pasa por alto el proceso de desarrollo continuo de los niños y los adolescentes, quienes, desde la perspectiva de la autonomía progresiva, deben ser alentados a asumir un rol participativo, siempre dentro de los límites de sus capacidades. Esta perspectiva aboga por una interpretación autonomista del interés superior del menor, en cuanto promueve una participación progresiva del menor en la toma de decisiones:

El inconveniente es que igual el menor... que se ha prescindido de la voluntad del menor y se ha decidido por él. (...) Si solo estamos a la prueba preconstituida privamos al menor y, además, estamos excluyendo a la víctima con una decisión que se ha tomado extrajudicialmente y extraprocesalmente. Ha sido el legislador el que lo ha establecido con base en un criterio ponderativo de que es mejor, y yo seguramente estoy con el legislador en lo que ha decidido, pero, por la experiencia, quizá sería conveniente también atender a este tipo de supuestos (MS04).

En lo que se refiere a las limitaciones procesales, éstas son mayores en número. La desventaja más destacada es la insuficiencia de recursos para la realización eficaz de la prueba preconstituida (n=18). Los operadores indican que esta problemática afecta tanto a los recursos materiales como personales, además de resaltar una clara desigualdad infraestructural entre las áreas metropolitanas y rurales, así como entre las distintas comunidades autónomas, lo que es percibido como una barrera económica y geográfica para el menor y su familia.

Este escenario se complica más al considerar las dificultades organizativas subrayadas por los operadores (n=9). El requisito normativo que establece la presencia obligatoria del fiscal, el juez instructor y las respectivas defensas – sin perjuicio de la participación de los psicólogos – complica la coordinación entre agendas. A ello se suman los casos en que el menor se muestra reticente a hablar, lo que obliga a reprogramar la entrevista, y las situaciones en que exista un

solapamiento de órganos judiciales objetivamente competentes por la presencia de dos acusados, uno mayor y otro menor de edad.

De manera similar a cómo los fallos técnicos han sido percibidos por los informantes como un inconveniente victimológico, éstos también poseen una dimensión procesal (n=7). En este caso, el seguimiento del relato por parte de los operarios que se encuentran en sala distinta y la creación de un espacio de confianza con el menor pueden verse dificultados cuando existan interrupciones. Asimismo, el malfuncionamiento de los sistemas de grabación origina grabaciones defectuosas, inutilizables por la imposibilidad de extraer una declaración clara:

Al objeto de una valoración, si la cámara está puesta aquí y el menor aquí, y yo no le veo la cara, no le veo la interacción, no veo el lenguaje no verbal, es como si estuviera escuchando la radio. No me hace falta una prueba videográfica, podría ser una prueba sonora. He visto pruebas preconstituidas en que al menor no se le ve y solo se ve la espalda de las técnicas o de los técnicos. Hay mucho que avanzar sobre determinados criterios o requisitos para validar. Por ejemplo, que sea posible hacer zoom de tal manera que veas las expresiones, la forma de diálogo... (MS04).

Seguidamente, a pesar de que la disposición de equipos multidisciplinares ha sido resaltada como un elemento positivo, se ha identificado una cierta preocupación por la falta de capacitación (n=5). Se desprende de los discursos un especial interés en complementar la formación psicológica de los equipos psicosociales con conocimientos de Derecho penal y procesal, en tanto es necesario conciliar las necesidades de la víctima con los requerimientos del proceso:

Pero si vamos a apostar, y hemos apostado por la preconstituida, ahora tenemos que apostar por una formación. O sea, porque verdaderamente las personas que atiendan, los técnicos que atiendan a esos menores sean especialistas. Pero no especialistas en infancia, no, en Derecho penal... O sea, en todo. Que sepan qué es un proceso penal, cómo se desarrolla el proceso penal, qué se busca en un proceso penal, ¿no? (...) Si no tiene esa formación podrá ser muy bueno, pero, claro, no nos va a servir porque lo que nosotros estamos intentando con la prueba preconstituida no es que el menor tenga un proceso de sanación, estamos buscando qué hechos han pasado (MI02).

En menor medida, durante los encuentros se ha mencionado el posible choque entre el ejercicio de la dispensa y la prueba preconstituida (n=3). Sobre esto, un participante expone que un menor de muy corta edad no va a poseer la suficiente madurez para tomar una decisión de esta envergadura, por lo que se podrá proceder a la preconstitución. Sin embargo, si el juicio oral acaba por celebrarse cuando el menor en cuestión presenta unas mayores capacidades volitivas, es posible que desee valerse de esta opción y desechar la utilidad de la grabación.

Finalmente, con un respaldo similar al anterior, se señala la dificultad de obtener un conocimiento detallado del delito con carácter previo a la entrevista. Mientras los postulados victimológicos incentivan tomar una única declaración, los profesionales expresan que dar inicio al proceso con escasa información obstaculiza considerablemente sus labores, siendo relevante destacar la experiencia de uno de ellos con acceso a los servicios Barnahus:

Pero si ese menor de edad son los padres los que interponen la denuncia y, en ese momento, se le nombra un abogado, pues, por ejemplo, a través del Barnahus ya se le dice que no se le hable del tema, que tiene que ser algo espontáneo que quiera hablar, pero que no se le pregunte. Y, claro, eso a veces, ya no solo para nosotros como fiscales, sino, por ejemplo, para su propio abogado, claro, se le recomienda que no intente sacar información o preguntar a la víctima. También se ve un poco falto de información, ¿no? (...) (F08).

c. *Inmediación y contradicción*

Al examinar las limitaciones procesales de la prueba preconstituida, una parte de los discursos se orientan de manera natural a la inmediación y la contradicción. No todos los participantes identifican la limitación de dichos principios como inconvenientes trascendentales: 10 participantes destacan posibles limitaciones en la contradicción, mientras que son 8 los que mencionaron restricciones en la inmediación.

En cuanto a la inmediación, se identificaron dos posiciones con un respaldo prácticamente equivalente. 13 de los operadores estiman que la inmediación no se ve comprometida en base a dos ideas fundamentales: que se ve salvaguardada en la medida en que se encuentra presente la autoridad judicial y que se debe reinterpretar el principio para dar cabida a los medios audiovisuales. Quienes sostienen esta última corriente de pensamiento defendieron que la videograbación no presenta cambios radicalmente distintos respecto a una declaración directa. Es más, también se diserta sobre el valor de los indicadores paralingüísticos de la declaración. Hay quienes, sin menoscabar su relevancia, consideran que los medios audiovisuales no restringen su apreciación:

Yo discrepo, pero muy profundamente, de que el no tener en persona a la víctima en un acto de juicio oral afecte al principio de inmediación. Yo creo que no. Yo creo que se le da una preeminencia con una visión decimonónica del proceso penal, pero que, actualmente, con las tecnologías que tenemos y las posibilidades de grabar perfectamente en primeros planos al testigo, no hay afectación al principio de inmediación (MS02).

Al mismo tiempo, algunos reducen la importancia que habitualmente se ha otorgado a estos aspectos en sede penal y desplazan el foco de la cuestión hacia el contenido de la declaración, susceptible de ser valorado de idéntica manera con la grabación:

La inmediación, con el paso de los años, te das cuenta que es importante si atiendes a lo que dicen, no a cómo lo dicen porque nosotros no conocemos a las personas que están delante nuestro declarando. Ninguno, ni el juez ni el fiscal. ¿Por qué te digo esto? Porque si tú no conoces a esa persona, tú no sabes si está nerviosa, cómo se expresa cuando lo está, si está asustada, si está mintiendo. Tú no conoces la personalidad de esa persona, no sabes cómo se comporta. (...) Eso son estímulos visuales que tú no te tienes que dejar llevar por ellos porque lo único que te van a llevar, a lo mejor, es a un prejuicio (MI04).

En cambio, 14 manifiestan que la afectación del principio es inherente a la prueba preconstituida porque la falta de proximidad espacio-temporal cercena la facultad judicial de valorar la declaración en todo su conjunto, incluyendo los criterios extralingüísticos. En esta línea, una parte de ellos expresa notar la ausencia de esta cercanía al afirmar tener suficiente capacidad y experiencia para valorar correctamente estos elementos, además de considerar que han sido restringidos de llevar a cabo sus funciones, como poder formular preguntas y valorar la prueba directamente percibida:

El problema para mí está en la inmediación, (...) porque solo tienes la inmediación del juez de instrucción, pero el penal tiene la inmediación de una cámara. Es que al final pierde... pierde sentido. Si mi trabajo es que se practiquen pruebas, yo decido con base en las pruebas, no me quites esta prueba. Quítasela a quien quieras, no te diré a instrucción, no te diré... no sé a quién, soluciones no te aportaré, pero no me la quites a mí (JS01).

Por lo que se refiere a la contradicción, se aprecian de nuevo dos posturas contrapuestas, aunque en este caso una de ellas cuenta con mayor apoyo. 4 de ellos exponen que la preconstitución no supone una vulneración expresa de la contradicción, pero sí destacan ciertos supuestos que pueden mermar los derechos de defensa, por ejemplo, cuando surgen nuevos datos sobre los que no se pudo interrogar al menor o cuando es necesario solicitar una segunda declaración:

Pueden surgir durante la instrucción algún elemento que aconsejara repetir esa declaración, por poner un ejemplo, porque ten en cuenta que esas declaraciones se producen al principio de la investigación. Y no es lo mismo enfrentarse a un interrogatorio al principio de la instrucción que en el acto del juicio. ¿Eso es una merma del derecho de defensa? Bueno, pues se ha considerado que no, pero igual es mucho mejor ejercitar tu derecho de defensa con todos los elementos que van a sostener tu acusación que al principio, cuando apenas cuentas con nada, ¿no? (MS05).

Esta circunstancia ha sido traída a colación por aquellos que no consideran que los derechos de defensa y la contradicción son vulnerados por la prueba preconstituida (n=24), si bien la importancia que se le otorga a esta escena difiere. Al seguir explorando las ideas que sustentan esta línea argumentativa, se sugiere que los requisitos establecidos por la LOPIVI han reforzado la garantía de la contradicción. Al ordenar la debida citación del investigado y la presencia de su defensa letrada – o, en su caso, mediante la designación expresa de abogado de oficio –, la contradicción se constituye como un elemento indisoluble de la prueba preconstituida:

(...) el principio de contradicción nunca se vulnera si están todas las partes presentes en ese momento procesal. Cuestión distinta es que se quieran hacer pruebas preconstituidas sin presencia del fiscal o sin la presencia de algún abogado que sea constituido como parte. Y es verdad que en ese caso no hay una contradicción completa, pero esa prueba no se puede llamar prueba testifical o prueba preconstituida (F03).

Todo ello teniendo presente que, pese a la participación de un intermediario – ya sea el juez instructor, el fiscal o un psicólogo –, la prueba preconstituida en España contempla de forma inherente que la defensa pueda formular preguntas o solicitar aclaraciones adicionales.

Finalmente, dentro de este grupo emerge una reinterpretación de la concepción clásica de la contradicción en la que se incorpora el equilibrio entre los derechos del acusado y los derechos de la víctima. Dos de los participantes ponen en evidencia dicha dinámica del principio, entendida como un juego de confrontación reiterada donde se buscan inconsistencias o discrepancias que sirvan de base para cuestionar la veracidad del relato, de la cual no son partidarios:

Que me digan “es que claro, el principio de defensa, no sé qué”. Bueno, ¿y qué le vas a preguntar a una niña de ocho años en una sala de un juicio? ¿Si le ha violado su tío? ¿Delante de un montón de gente que no conoce se lo vamos a preguntar? Para cumplir el principio de contradicción, ¿le vamos a hacer daño a esa criatura que le han hecho daño ya? Muchísimo daño (F02).

3.3. Sobre las valoraciones personales frente a la prueba preconstituida

Una proporción considerable de los participantes reconocen que el proceso penal puede generar afectaciones significativas en la víctima, especialmente durante la declaración del menor de edad. Enfatizan que, para las víctimas, es mucho más importante recibir un trato respetuoso y

empático de los profesionales del sistema penal, más incluso que obtener una sentencia condenatoria:

(...) la prioridad para la víctima muchas veces es no declarar porque nos manifiesta que no podría volver, es decir, que supondría un gran agravio para esa persona, que a lo mejor ya es mayor, volver a recordar y remover todo otra vez y someterse a un juicio con todo lo que eso conlleva. (...) Entonces, personalmente yo creo que hay que evitarlo porque, con independencia de lo que se tenga en cuenta a nivel procesal o con el posible resultado del juicio, personalmente para la víctima es un trabajo que si se puede evitar... No le va a hacer ningún bien, ni siquiera compensado con una sentencia condenatoria (F08).

Solo uno de los relatos se distancia de esta postura, sosteniendo que se ha sobredimensionado la mala actuación del sistema penal respecto a las víctimas. Al margen de este pronunciamiento, todos los operadores entrevistados coinciden en considerar la prueba preconstituida como el mecanismo de protección más eficaz para prevenir la victimización secundaria en menores de edad, sin existir otra herramienta capaz de cumplir la misma función. No obstante, algunos se muestran dudosos respecto a si la erradicación total de este fenómeno es una posibilidad viable:

Yo creo que, como todo, seguro que hay alguna solución. Alguien la está pensando y dentro de algún tiempo a él se le ocurrirá. Pero hoy en día, al menos para la victimización secundaria, mejor solución que ésta para evitarla no la tenemos. O sea, con las herramientas que tenemos hoy en la mano, no existe. No se me ocurre algo mejor (MI07).

Esta concepción se apoya en todos los beneficios victimológicos previamente aportados, pero también se consolida desde una óptica procesal, puesto que la amplia mayoría considera que esta herramienta es plenamente compatible con el sistema de garantías constitucionales (n=26). Los entrevistados defienden que la ordenación actual de la figura encuentra sustento tanto en las líneas directrices emanadas de los entes supranacionales y europeos como por los estándares internos. Del mismo modo, señalan la existencia de mecanismos de control judicial que permiten someter a revisión el cumplimiento de los requisitos de la prueba preconstituida:

Yo creo que el hecho de que pase el filtro del juez de instrucción, el filtro del fiscal en el escrito de acusación o de la acusación particular y el filtro de un segundo juez, que sería en este caso el juez enjuiciador, creo que garantiza suficientemente, o sea, que respeta plenamente el derecho de defensa y todas las garantías del artículo 24 de la Constitución (F07).

No solo ello, una serie de participantes ofrecen una nueva interpretación del sistema de garantías para dar cabida, no solo a los derechos que tutelan a la defensa, sino también a aquellos reconocidos a las víctimas del delito y a los menores de edad que participan en el sistema de justicia:

La protección del menor es un principio general del Derecho y de un Estado democrático que tiene que primar en determinadas ocasiones, y el derecho de defensa no puede obviar todos los demás derechos que existen. Y las víctimas también tienen derechos. Entonces, porque te limiten un poquito la inmediación o que te puedan limitar un poco lo que hemos hablado antes, la contradicción, no hace que tengas menos derecho de defensa. (...) La protección de los menores también es tan importante como derechos difusos y puramente formales de defensa, porque parece que el derecho de defensa está por encima y no necesariamente, porque la vulneración tiene que ser real, no formal (MI04).

Al margen del marco normativo vigente, se recopiló la opinión de los operadores entrevistados sobre qué factores, bajo su consideración personal, deberían ser los determinantes para el empleo de la documentación audiovisual del testimonio. La edad fue el factor más destacado (n=28) y más de la mitad se mostraron conformes con el límite establecido por el legislador. No obstante, una parte minoritaria consideró que dicho linde podría ser objeto de reforma. Dentro de este grupo, algunos proponen ampliarlo hasta los 16 o los 18 años, mientras que otros plantean la posibilidad de reducirlo. Por contrapartida, dos informantes abogan por una evaluación individual del caso concreto al considerar que los adolescentes presentan unos niveles de madurez significativamente diferentes en comparación con generaciones anteriores:

Yo aprecio que, a ver, que vienen... conociendo muchas cosas. Y nosotros nos atestamos a protegerlos y preguntarlos de una manera y ellos nos miran como diciendo “pero, ¿qué me estás preguntando? Si esto ya lo sé, ¿qué dices?”. Y yo esta percepción sí que la tengo. Hoy en día, en este tema, están muy, pues muy... bueno, más informados, digámoslo así, mucho más informados, ¿vale? Que han consumido mucho porno, que han visto muchas cosas, a eso me refiero. (...) Pero es que yo, hasta los 14 años, yo pienso que es demasiado, que se podría haber cortado un poco antes (F01).

En todo caso, ninguno de los entrevistados considera que el criterio de edad es suficiente por sí mismo para restringir la declaración en fase de enjuiciamiento. En menor medida, y al margen de las presunciones sobre la vulnerabilidad, hay quienes consideran más adecuado atender a la vulnerabilidad (n=3) y a la madurez (n=3) concreta del niño o adolescente, la cual puede variar sustancialmente entre individuos.

Por su parte, los dos factores que destacan, junto con la edad, son la naturaleza del delito (n=10) y la gravedad del hecho (n=6). Se recoge una notable preocupación por los delitos de naturaleza sexual o violenta, categorías delictivas que, además, son las que tienen una mayor incidencia en la victimización de la infancia y la adolescencia. Los participantes asocian la naturaleza del delito con la gravedad del acontecimiento y consideran que los hechos de especial gravedad son prácticamente inseparables del carácter sexual o violento del delito. No obstante, bajo su valoración, podrían excluirse supuestos leves, como hurtos, peleas o tocamientos:

Es evidente que tiene más sentido, está más justificado el uso de la prueba preconstituida y grabada en delitos graves. Pero es que, en realidad, los delitos que se cometen sobre menores suelen ser graves. O sea, fundamentalmente, nosotros vemos delitos contra menores de dos tipos, o contra la integridad física del menor, agresiones por parte de los padres u otras personas, o contra su integridad sexual, agresiones sexuales. (...) Creo que está justificada plenamente (MS07).

En relación con este último punto, también se destacó la relevancia de la relación que guarda la víctima con el acusado (n=5). Quienes otorgan importancia a este criterio destacan que la proximidad entre víctima y agresor coloca al menor en una encrucijada entre sus necesidades de reparación y el vínculo afectivo, siendo importante disponer de una mecánica de declaración distinta a la ordinaria. Siguiendo esta estela, la condición de víctima (n=5) cobra también importancia para otros, pues, en su consideración, la condición de testigo o víctima indirecta no permite justificar la sustitución de la declaración en juicio oral:

En la guardia te entran muchos casos que son conflictos familiares. Entonces, en donde ese niño de doce años no es la víctima directa, sino la víctima indirecta, o incluso es testigo de lo que ha ocurrido entre su padre y su hermana, no sexual, sino de una agresión... No vamos a montar una prueba preconstituida por un testigo indirecto (MS04).

En última instancia, la disponibilidad de buenas prácticas, protocolos o cursos de sensibilización y formación por los que orientar la práctica de la prueba preconstituida recibe una buena acogida. Una proporción significativa de la muestra es partidaria y aboga activamente por estas iniciativas (n=20) al objeto de alinear los requerimientos del proceso con las necesidades de la infancia y la adolescencia, y manifiesta tener conocimiento de la existencia de documentos semejantes a nivel provincial, autonómico y estatal. En contraste, una pequeña parte (n=8), bien defiende la suficiencia de la normativa vigente e interpreta la integración de perspectivas multidisciplinarias como interferencias en los pilares esenciales del proceso, bien considera que la intervención de equipos psicosociales es suficiente:

El único protocolo que hay es la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los protocolos, muchas veces, pervierten el procedimiento. El protocolo es para alterar las leyes, desde mi punto de vista. (...) Yo también soy muy crítica de los protocolos porque normalmente, cuando los hacen, a nosotros no nos llaman. (...) Es que la Ley de Enjuiciamiento Criminal... yo es que la tengo que defender. Yo tengo que defender el orden del juego porque yo quiero un procedimiento justo y garantista. Es lo único que yo pido (F01).

4. Discusión

Los resultados obtenidos en el estudio apuntan a que la reforma sustanciada por la LOPIVI en materia de prueba preconstituida ha permitido solventar una serie de problemas que venían ensombreciendo su fortalecimiento en el sistema penal español. Las valoraciones positivas y la buena acogida por parte de los operadores sugieren que la determinación normativa ha generado una mayor confianza y seguridad jurídica en su aplicación, además de posibilitar un trato igualitario a las víctimas.

Sin perjuicio de ser una figura con arraigo en la ley procesal, los hallazgos indican que su uso ha adquirido un mayor protagonismo desde 2021. No obstante, los profesionales consultados advierten que la consolidación de la prueba preconstituida como cauce ordinario de declaración del menor de edad no parece responder tanto a un acogimiento de los postulados victimológicos como al mandato legal que exige su uso.

Persisten, no obstante, ciertas inconcreciones. En particular, el acceso de menores de entre 14 y 18 años a la prueba preconstituida continúa dependiendo en gran medida de la discrecionalidad de la autoridad judicial, quien podrá tomar la decisión autónomamente o recabar el apoyo de profesionales. Mismo escenario se ha valorado en torno a la admisión de la grabación cuando el declarante ha superado los 14 o los 18 años. Los resultados continúan apuntando a un escenario diverso donde el criterio particular del tribunal es el decisivo, generando esta ausencia de criterios unificados una desigualdad en la respuesta institucional.

Por lo que respecta al balance de costes y beneficios del mecanismo, las fortalezas identificadas coinciden en su totalidad con las ya señaladas por la evidencia empírica: el procedimiento de declaración ordinario es una importante fuente de perjuicios, mientras que la prueba

preconstituida permite flexibilizar las formalidades procesales, incorporar profesionales especializados y reducir la sobreexposición del menor³⁸.

Respecto a los inconvenientes victimológicos, el estudio revela un aspecto poco explorado en la literatura: la experimentación de fallos técnicos recurrentes, al margen de las complicaciones procesales que se derivan, hace que el menor sea susceptible de padecer agotamiento y frustración, tanto por someterse a largas esperas como por percibir esas mismas emociones por parte de los operadores judiciales. A esto se le suma que la consolidación de la prueba preconstituida como vía ordinaria de declaración obvia la participación activa del menor en la toma de decisiones³⁹. Este hallazgo pone de relieve la necesidad de reflexionar sobre la ausencia de cauces por los cuales considerar los deseos y las voluntades de los niños y adolescentes en cuanto a la forma en que participan y declaran en el proceso penal.

En cuanto a las ventajas procesales, además de las ya señaladas por la doctrina – como el refuerzo de la protección del menor y la salvaguarda de declaraciones trascendentales –, el estudio suma dos beneficios procesales adicionales: la mayor rapidez de proceso al concentrar actuaciones en un único encuentro y reducir la carga de trabajo prevista para el juicio; y el acceso anticipado a la declaración del menor favorece a la defensa técnica.

Ahondando en las limitaciones desde la perspectiva del proceso, si se atiende a la preocupación por las restricciones inherentes a los principios de inmediación y contradicción⁴⁰, se observa que esta cuestión ha emergido igualmente en las entrevistas. Se ha identificado que esta cuestión mantiene su relevancia entre los operadores entrevistados, si bien su nivel de controversia es menor al anticipado. Las respuestas recogidas sobre la contradicción apuntan a una postura mayoritariamente conforme con la idea de que se ve salvaguardada, sin perjuicio de casos particulares que los participantes mayoritariamente consideran restricciones puntuales y poco frecuentes. En relación con la inmediación, se observa que no existe una postura mayoritaria dentro de la muestra, pero ello no impide identificar una apertura hacia la reinterpretación del principio para dar cabida a medios tecnológicos, ya se dé una cierta importancia o no a los elementos paralingüísticos de la declaración.

La interpretación que los entrevistados realizan de dichos principios ha desempeñado un papel importante en su valoración sobre si la prueba preconstituida es o no garantista. De estos resultados se desprende que, al estar reinterpretados estos dos principios, los participantes consideran que la prueba preconstituida se ajusta plenamente al sistema de garantías previsto en el proceso penal español desde la perspectiva de la víctima menor como desde la posición del acusado.

³⁸ SAYWITZ/NATHANSON, «Children's testimony and their perception of stress in and out of courtroom», 1993, pp. 617-618; GOODMAN/TOBEY/BATTERMAN-FAUNCE/ORCUTT/THOMAS/SHAPIRO/SACHSENMAIER, «Face-to-face confrontation: Effects of closed-circuit technology on children's eyewitness testimony and jurors' decisions», 1998, p. 187; GONZÁLEZ/MUÑOZ/SOTOCÁ/MANZANERO, «Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables», 2013, pp. 227-237; y GONZÁLEZ/GRIJALBA MAZO, «Guía de buenas prácticas para la declaración en el proceso penal de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección: Intervención desde la Psicología forense, en particular en la prueba preconstituida», 2022, pp. 20-26.

³⁹ MARTÍN RÍOS, «La protección del menor en el proceso penal español: ¿El fin justifica los medios?» en Asencio Mellado/Fuentes Soriano (dir.), *El proceso como garantía*, Atelier, 2023, p. 698.

⁴⁰ ORMAZABAL SÁNCHEZ, «El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctima en el proceso penal español. Especial referencia al menor testigo», 2010, p. 141.

Al proseguir con la exploración sobre las apreciaciones propias de los informantes, se observa que la victimización secundaria es un fenómeno reconocido por los operadores judiciales. Ante esta problemática, la prueba preconstituida es considerada el mecanismo de protección más eficaz para reducir la victimización secundaria en menores de edad, sin existir otra herramienta capaz de cumplir la misma función. Ahora bien, de sus propias palabras se desprende cierto escepticismo respecto a la posibilidad de poder erradicar por completo este riesgo.

Las entrevistas han permitido indagar sobre los criterios que, a juicio de los participantes y al margen de la normativa, resultan más adecuados para determinar la necesidad de anticipar la toma de declaración en instrucción. Hay un consenso generalizado en que este mecanismo debe estar disponible para los menores de edad, y más de la mitad se muestran conformes con el límite establecido. En el resto de la muestra aparecen opiniones diversas: algunas a favor de cubrir hasta los 16 o los 18 años y otras que proponen reducir el criterio etario o atender al caso particular. Aunque algunos discursos apuntan a una mayor madurez de los adolescentes por su acceso temprano a pornografía, alcohol o un entorno digital sin restricciones, se identifica una incomprensión respecto la idiosincrasia de la adolescencia, etapa caracterizada por la concurrencia de rasgos de infancia y adultez. Al encontrarse aún en desarrollo, los adolescentes continúan siendo una población con necesidades particulares de protección.

En todo caso, prácticamente ninguno de los participantes estima que la edad debe ser el único criterio a considerar. Los más apoyados fueron la naturaleza del delito y la gravedad de los hechos. La opinión de los operadores coincide con los estudios sobre victimización infantojuvenil al señalar que los delitos violentos y sexuales suelen ser los más frecuentes y los que justifican intentar evitar la declaración en audiencia pública. Seguidamente, la norma se refiere de manera genérica al menor de 14 años, sin diferenciar entre víctima y testigo. En este punto no se ha apreciado consenso alguno, ya que algunos defienden garantizar la protección con independencia del rol del menor en el proceso, mientras que otros abogan por limitarla a las víctimas directas del delito, excluyendo a víctimas indirectas de la violencia intrafamiliar.

A modo de broche final, resulta de particular interés resaltar sus consideraciones sobre la necesidad de adoptar herramientas de apoyo para la realización de la prueba preconstituida. Con todo, la mayor parte se muestra partidaria y aboga por la promulgación de directrices y buenas prácticas que sustenten la actuación profesional o, incluso, cursos de sensibilización y formación en extensión de las guías.

5. Conclusiones

Los resultados obtenidos en el estudio permiten arrojar luz sobre el tratamiento que recibe la prueba preconstituida en el proceso penal español. Se ha identificado que, aunque la adopción de esta modalidad probatoria como mecanismo de protección frente a la victimización secundaria ha enfrentado importantes desafíos, actualmente se encuentra más consolidada y aceptada.

La reforma introducida por la LOPIVI ha desempeñado un papel relevante en este avance al proporcionar una mayor seguridad jurídica mediante el establecimiento de criterios generales para la admisión de esta clase de prueba y criterios específicos para su aplicación con menores

de edad. Los beneficios victimológicos y procesales asociados a la prueba preconstituida también han constituido importantes motores para su consolidación, hallando respaldo en la realidad judicial, tal como se ha podido corroborar a partir de las experiencias y valoraciones de los operadores jurídicos españoles entrevistados.

Sin perjuicio de lo anterior, persisten diversas lagunas normativas y dificultades en la práctica judicial, señalados tanto por la literatura como por los hallazgos de la presente investigación, que podrían obstaculizar su asentamiento en el proceso penal cuando intervienen víctimas y testigos menores de edad. A este respecto, se ofrecen una serie de propuestas que buscan articular el enfoque teórico y empírico con la experiencia y las percepciones directas recabadas en el estudio. Así, se plantean las siguientes propuestas en aras de optimizar la protección de la infancia y la adolescencia en el contexto de las pruebas preconstituidas en sintonía con las exigencias del proceso penal

1. Incorporar la obligatoriedad de que los profesionales del equipo psicosocial sean quienes lleven a cabo la prueba preconstituida, siempre con la debida intervención y supervisión de la autoridad de instrucción.
2. Concretar que esta disposición englobe tanto a víctimas como testigos de delitos violentos y/o sexuales, que son los que mayoritariamente se incluyen en el listado determinado en el artículo 449 ter de la LECrim. Es necesario que este mismo catálogo no establezca restricciones con criterios relativos a la gravedad del delito.
3. Especificar que, una vez realizada la prueba preconstituida, y habiéndose corroborado que la grabación resultante satisface el requisito objetivo, material, formal y subjetivo, la prueba debe ser admitida en los supuestos en que el juicio oral acabe por celebrarse cuando el declarante haya superado la edad establecida.
4. En cuanto al límite cronológico del artículo 449 ter de la LECrim, incrementar la edad hasta la mayoría legal o, en su defecto, establecer como paso obligatorio que sea el equipo psicosocial quien evalúe en todos los casos en que el menor de edad tenga entre catorce y dieciocho años la necesidad de recurrir a la prueba preconstituida.

Al mismo tiempo, se sugiere flexibilizar el automatismo de la norma para favorecer una mayor intervención de los menores en las decisiones que les afectan, contemplando el acceso directo al mecanismo, aunque condicionado a la voluntad informada del menor en particular.

6. Bibliografía

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, «Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica)», *Jueces para la Democracia*, núm. 46, 2003, pp. 57-66.

ARANGÜENA FANEGO, Coral, «Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, núm. 3, 2022, p. 1097.

ARANGÜENA FANEGO, Coral, «Exigencias en relación con la prueba testifical contenidas en el artículo 6.3.d) del CEDH» en GARCÍA ROCA, Francisco Javier, SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (coord.),

La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 459-462.

ARANTEGUI ARRÀEZ, Laura, «El uso de cámaras Gesell con niños: Derechos Humanos y victimización secundaria», *Revista de Victimología*, núm. 13, 2022, pp. 40 ss.

ARRIETA OUVIÑA, Verónica, «Diversos escenarios judiciales y su impacto en la victimización secundaria», *Eguizkilore*, núm. 28, 2014, pp. 288-320.

BAÑÓN GONZÁLEZ, Rafael, GRIJALBA MAZO, Marta, «Guía de buenas prácticas para la declaración en el proceso penal de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección: Intervención desde la Psicología forense, en particular en la prueba preconstituida», *Ministerio de Justicia*, 2022, pp. 20-26.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 22-23.

CASANOVA MARTÍ, Roser, «La prueba preconstituida como mecanismo de protección de las personas menores víctimas de violencia sexual en el proceso penal a la luz del nuevo art. 449 ter LECrim», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2022, pp. 82-83.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, «Modelo procesal de adaptación de la víctima menor en el proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 66, 2025, p. 22.

CECI, Stephen, BRUCK, Maggie, «Suggestibility of the child witness: A historical review and synthesis», *Psychological Bulletin*, vol. 113, núm. 3, 1993, pp. 403 ss.

DURÁN SILVA, Carmen, «La especial vulnerabilidad de la víctima en el Derecho penal procesal español» en MOYA GUILLEM, Clara (dir.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 263-264.

FERREIRO BAAMONDE, *La víctima en el proceso penal*, Editorial La Ley, 2005, pp. 165-167.

FINKELHOR, David, «Developmental victimology: The comprehensive study of childhood victimization» en DAVIS, Robert C., LURIGIO, Arthur J., HERMAN, Susan (ed.), *Victims of crime*, Sage Publications, 2007, pp. 9 ss.

GONZÁLEZ, José Luis, MUÑOZ, José Manuel, SOTOCÁ, Andrés, MANZANERO, Antonio L., «Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables», *Papeles del Psicólogo*, vol. 34(3), 2013, p. 230.

GOODMAN, Gail S., TAUB, Elizabeth Pyle, JONES, David P. H., ENGLAND, Patricia, PORT, Linda K., RUDY, Leslie, PRADO, Lydia, «Testifying in criminal court: Emotional effects on child sexual assault victims», *Monographs of the Society for Research in Child Development*, serie 229, vol. 57, núm. 5, 1992, pp. 44-62.

GOODMAN, Gail S., TOBEY, Ann E., BATTERMAN-FAUNCE, Jennifer M., ORCUTT, Holly, THOMAS, Sherry, SHAPIRO, Cheryl, SACHSENMAIER, Toby, «Face-to-face confrontation: Effects of closed-circuit technology on children's eyewitness testimony and jurors' decisions», *Law and Human Behavior*, vol. 22, núm. 2, 1998, p. 187.

HENRY, Jim, «System intervention trauma to child sexual abuse victims following disclosure», *Journal of Interpersonal Violence*, 1997, pp. 499-412.

HERRERA MORENO, Myriam, «Historia de la Victimología» en BACA BALDOMERO, Enrique, ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique, TAMARIT SUMALLA, Josep Maria (coord.), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 68

HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima*, Edersa, 1995, pp. 315-316.

HUERTAS MARTÍN, María Isabel, «La presunción de inocencia en procesos con víctimas especialmente vulnerables» en BUJOSA VADELL, Lorenzo, DEL POZO PÉREZ, Marta (dir.), *Protocolos de actuación con víctimas especialmente vulnerables: Una guía de buenas prácticas*, Thomson Reuters, 2019, p. 56.

KIDD, Robert F., CHAYET, Ellen F., «Why do victims fail to report? The psychology of criminal victimization», *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 33, núm. 4, 2015, p. 459.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *La moderna Victimología*, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 22-50.

MARAVALL BUCKWALTER, Isabel, *La declaración del menor en el proceso penal. Admisibilidad y práctica en el Derecho internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 195.

MARTÍN RÍOS, María del Pilar, *Víctima y justicia penal*, Atelier, 2012.

MARTÍN RÍOS, Pilar, «La protección del menor en el proceso penal español: ¿El fin justifica los medios?» en ASENCIO MELLADO, José María, FUENTES SORIANO, Olga (dir.), *El proceso como garantía*, Atelier, 2023, p. 698.

MUERZA ESPARZA, Julio, «Sobre los límites a la prueba preconstituida en el proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 39, 2016, p. 770.

MUÑOZ, José M., GONZÁLEZ-GUERRERO, Laura, SOTOCÁ, Andrés, TEROL, Odette, GONZÁLEZ, José L., MANZANERO, Antonio L., «La entrevista forense: Obtención del indicio cognitivo en menores presuntas de abuso sexual infantil», *Papeles del Psicólogo*, vol. 37(3), 2015, pp. 205-216.

NATHANSON, Rebecca, SAYWITZ, Karen J., «Preparing children for court: Effects of a model court education program on children's anticipatory anxiety», *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 33, núm. 4, 2015, p. 459.

NATHANSON, Rebecca, SAYWITZ, Karen J., «The effects of courtroom context on children's memory and anxiety», *The Journal of Psychiatry & Law*, núm. 31, 2003, pp. 67 ss.

NIEVA FENOLL, Jordi, «Los sesgos cognitivos y la prueba: huyendo de la intuición del juez», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2025, pp. 382-405.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, «El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctimas en el proceso penal español. Especial referencia al menor testigo» en ARMENTA DEU, Teresa, OROMÍ VALL-LLOVERA, Susana, *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Colex, 2010, p. 141.

PARSONS, Jim, BERGIN, Tiffany, «The impact of criminal justice involvement on victims' mental health», *Journal of Traumatic Stress*, vol. (2)1, pp. 1-7.

PEREDA BELTRAN, Noemí, «La victimización en la infancia y la adolescencia» en PEREDA BELTRAN, Noemí, TAMARIT SUMALLA, Josep Maria (ed.), *Victimología teórica y aplicada*, Huygens, 2013, p. 112.

PILLADO GONZÁLEZ, Esther, «La declaración de la víctima menor y las medidas para evitar su revictimización» en BARONA VILAR, Silvia (dir.), *Justicia poliédrica en período de mudanza. Nuevos conceptos, nuevos sujetos y nueva intensidad*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 560-561.

QUAS, Jodi A., GOODMAN, Gail S., «Consequences of criminal court involvement for child victims», *Psychology, Public Policy and Law*, 2012, vol. 18(3), pp. 392-414.

QUAS, Jodi A., GOODMAN, Gail S., GHETTI, Simona, ALEXANDER, Kristen W., EDELSTEIN, Robin, REDLICH, Alison D., CORDON, Ingrid M., JONES, David P.H., HAUGAARD, Jeffrey J., «Childhood sexual assault victims: Long-term outcomes after testifying in criminal court», *Monographs of the Society for Research in Child Development*, serie 280, vol. 70, núm. 2, 2005, pp. 56-76.

REY ANASTASI, Adriana, PEDROCHE GARDE, Inmaculada, MARTÍNEZ MIGUEL, Elena, «La intervención del psicólogo en la prueba preconstituida. Un nuevo reto profesional», *Información Psicológica*, núm. 113, 2017, pp. 121-122.

RUNYAN, Desmond K., EVERSON, Mark D., EDELSON, Gail A., HUNTER, Wanda M., COULTER, Martha L., «Impact of legal intervention on sexually abused children», *The Journal of Pediatrics*, vol. 113, núm. 4, pp. 647-663.

SAYWITZ, Karen J., JAENICKE, Carol, CAMPARO, Lorinda, «Children's knowledge of legal terminology», *Law and Human Behavior*, vol. 4, núm. 6, 1990, pp. 524-534.

SAYWITZ, Karen J., NATHANSON, Rebecca, «Children's testimony and their perception of stress in and out of courtroom», *Child Abuse and Neglect*, vol. 17, núm. 5, 1993, pp. 617-618.

SEMPERE FAUS, Silvia, «La protección de la víctima menor de edad y la victimización secundaria», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020, p. 880.

TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, «La Victimología: Cuestiones conceptuales y metodológicas» en BACA BALDOMERO, Enrique, ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique, TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 32-34.

TORRES ROSELL, Núria, CRUZ JIMÉNEZ, África, HERNÁNDEZ HIDALGO, Patricia, CASANOVA MARTÍ, Roser, «Indicadores de victimización secundaria en procesos penales por violencia sexual infantil en el contexto Barnahus», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2025, pp. 369-391.

VARA, Alba, MANZANERO, Antonio L., VALLET, Rocío, «Víctimas de abuso sexual especialmente vulnerables: Obtención del testimonio», *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 57, 2021, p. 8.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Introducción a la Victimología*, Editorial Síntesis, 2019, p. 128.

WHITCOMB, Debra, SHAPIRO, Elizabeth R., STELLWAGEN, Lindsey D., «When the victim is a child», *National Institute of Justice*, 1985, p. 31.

ZAJAC, Rachel, GROSS, Julien, HAYNE, Harlene, «Ask and answered: Questioning children in the courtroom», *Psychiatry, Psychology and Law*, vol. 10, núm. 1, pp. 199-209.

Carolina Villacampa Estiarte
Universitat de Lleida

Clàudia Torres Ferrer
Universitat de Lleida

Marc Salat Paisal
Universitat de Lleida

-

Respuesta jurídica frente a la violencia por causa de honor

Percepciones entre población joven

Sumario

-

La violencia por causa de honor constituye la forma de designar un conjunto de conductas orientadas a preservar o restaurar el honor familiar. Constituye una manifestación de la violencia contra las mujeres que está ganando protagonismo en el mundo occidental como efecto de la globalización. El convenio de Estambul y la Directiva europea sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres demandan que se afronte mediante una aproximación victimocéntrica para cuya adopción puede ser relevante conocer la percepción sobre su gravedad y la respuesta jurídica considerada adecuada según población joven europea. Con dicho fin se emprendió esta investigación con una muestra de 3.005 estudiantes universitarios en Cataluña. Los resultados revelan que la violencia por causa de honor es ampliamente percibida como grave y delictiva, sobre todo entre las mujeres y quienes tienen conocimiento y formación en esta forma de violencia, pero que se defienden respuestas institucionales centradas en la protección de las víctimas, alejadas de posiciones punitivistas.

Abstract

-

Honour-based violence constitutes the term used to describe a set of behaviours aimed at preserving or restoring family honour. It is a form of violence against women that is gaining prominence in the Western world as a result of globalisation. The Istanbul Convention and the European Directive on combating violence against women require that it be addressed through a victim-centred approach. In order to adopt this approach, it is important to understand how young Europeans perceive the seriousness of this issue and what they consider to be an appropriate legal response. To this end, this research was conducted with a sample of 3,005 university students in Catalonia. The results reveal that honour-based violence is widely perceived as serious and criminal, especially among women and those with knowledge and training in this form of violence, but that institutional responses focused on victim protection, rather than punitive measures, are advocated.

Title: *legal response to honour-based violence: perceptions among the young population*

-

Palabras clave: Violencia por causa de honor, respuesta jurídica, percepción social juvenil, Convenio de Estambul, enfoque victimocéntrico

Keywords: *honour-based violence, legal response, young people's perceptions, Istanbul Convention, victim-centred approach*

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i2.11

-

2.2026

Recepción
26/10/2025

-

Aceptación
26/03/2026

-

Índice

-

1. Introducción

2. Método

2.1. Muestra e instrumento

2.2. Procedimiento y análisis estadístico

3. Resultados

3.1. Resultados estadístico-descriptivos

3.2. Resultados derivados de las regresiones ordinales

4. Discusión

4.1. Gravedad percibida de las conductas

4.2. Respuesta institucional considerada adecuada

4.3. Limitaciones, implicaciones y futuras líneas de actuación

5. Conclusión

6. Bibliografía

7. Anexo

-

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

1. Introducción*

La violencia por causa de honor (VCH) constituye un concepto paraguas que comprende diversas manifestaciones de violencia cuyo uso en la literatura científica es relativamente reciente¹ y que, por tanto, se halla todavía en proceso de determinación. Se considera que consiste en el ejercicio de diversas formas de violencia (física, social o psicológica) aplicadas sobre una persona, generalmente una mujer (joven), normalmente por parte de sus parientes hombres (aunque en ocasiones también mujeres) porque ha traído vergüenza a la familia o a la comunidad debido a la realización de un comportamiento que se considera deshonesto para el grupo². Se han identificado hasta tres elementos comunes que permiten identificarla³, integrados por: a) control o deseo de ejercer control sobre la forma de comportarse de una mujer; b) sentimiento de vergüenza de un hombre relacionado con su pérdida de control, real o percibida, sobre la conducta de la mujer en cuestión; y c) implicación comunitaria o familiar en el aumento o tratamiento de la vergüenza.

La VCH puede conceptuarse como continuum atravesado por el recurso a la violencia física no letal y, sobre todo, a la violencia psicológica como hilos conductores⁴. Comprende diversas expresiones de la conducta violenta que van desde los atentados directos contra la vida de las víctimas -mediante lo que se conoce como honour killings o induced suicides-, pasando por la coacción reproductiva, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, la privación de libertad, el planchado de pecho, la violencia sexual o el recurso a otras formas de violencia física no letal, hasta manifestaciones de violencia más sutiles, como el comportamiento controlador⁵. Según la literatura científica, las características de la VCH pueden sintetizarse en las siguientes: a) acostumbra a producirse para preservar normas o tradiciones sociales, culturales o religiosas⁶;

*Carolina Villacampa Estiarte (carolina.villacampa@udl.cat). Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto «Los crímenes de honor como violencia de género: delineamiento de un estatuto jurídico-asistencial protector en España» (HONGEN) (PID2022-136879NB), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹ VILLACAMPA ESTIARTE/PINILLA PÉREZ, «La violencia contra las mujeres por causa de honor y sus diversas manifestaciones: ¿qué nos dice la literatura científica?», *InDret*, núm. 1, 2025, pp. 331-381.

² BEGIKHANI/GILL/HAGUE, *Honour-Based Violence. Experiences and Counter-Strategies in Iraqi Kurdistan and the UK Kurdish Diaspora*, Ashgate, Farnham, 2015; DORJEE/BAIG/TING-TOOMEY, «A Social Ecological Perspective on Understanding “Honour Killing”: An Intercultural Moral Dilemma», *Journal of Intercultural Communication Research*, vol. 42, núm. 1, 2012, pp. 1-21; EISNER/GHUNIEM, «Honour killing attitudes amongst adolescents in Amman, Jordan», *Aggressive Behaviour*, vol. 39, núm. 5, 2013, pp. 405-417; GILL, «Reconfiguring “honour”-based violence as a form of gendered violence», en IDRIS/ABBAS (eds.), *Honour, Violence, Women and Islam*, Routledge, Nova York, 2011, pp. 218-229; HMIC, *The depths of dishonour: Hidden voices and shameful crimes. An inspection of the police response to honour-based violence, forced marriage and female genital mutilation*, Her Majesty's Inspectorate of Constabulary, Londres, 2015; VILLACAMPA, «La violencia contra las mujeres por honor y su tratamiento jurídico en España», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 43, 2023, pp. 1-43.

³ BAKER/GREGWARE/CASSIDY, «Family Killing Fields: Honor Rationales in the Murder of Women», *Violence Against Women*, vol. 5, núm. 2, 1999, pp. 164-184; THOMAS/PARK/ELLINGEN/ELLISON/MENATEAU/YOUNG, *Developing Legislation on Violence against Women and Girls*, United Nations Women, Nova York, 2011; PAYTON, «“Honour”, Collectivity and Agnation: Emerging Risk Factors in “Honour”-based Violence», *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 29, núm. 16, 2014, pp. 2863-2883.

⁴ VILLACAMPA ESTIARTE/PINILLA PÉREZ, *InDret*, núm. 1, 2025, pp. 331 ss.

⁵ GORAR, *Honour Based Crimes and the Law. Defining the limits of Honour Based Violence and Abuse*, Routledge, Londres, 2021; RIGONI, *Honour-Based Violence and Forced Marriages. Community and Restorative Practices in Europe*, Routledge, Oxon, 2023.

⁶ HMIC, *The depths of dishonour: Hidden voices and shameful crimes. An inspection of the police response to honour-based violence, forced marriage and female genital mutilation*, pp. 20 ss.; IDRIS, «“The Mosques Are the Biggest Problem We’ve Got Right Now”: Key Agent and Survivor Accounts of Engaging Mosques With Domestic and

b) recibe apoyo normativo de la respectiva comunidad o del grupo⁷; c) a menudo consiste en conductas realizadas deliberadamente, colectivamente y que resultan condonadas por la comunidad⁸; d) generalmente implican a diversos perpetradores⁹; e) los sujetos activos suelen ser los hombres de la familia, aun cuando pueden estar involucradas las mujeres¹⁰; f) acostumbra a victimizar a mujeres y niñas, cometiéndose de manera unidireccional de hombre a mujer y, pese a que en algunos casos puede también victimizar a varones, las dinámicas comisivas de mujer ofensora a hombre víctima no son lo habitual¹¹.

La VCH se explica en parte partiendo del concepto colectivo de honor que pervive en determinadas culturas, las culturas asentadas sobre estructuras colectivistas, también conocidas como “culturas de honor”. En estas, de las dos facetas que integran el concepto bipartito de honor¹², individual y colectiva, la que prima es la segunda. Esto es, el concepto de honor que se identifica con el estatus social adquirido por una familia o comunidad dentro de la sociedad, forjándose cuando la conducta del grupo se alinea con las expectativas culturales y los roles de género establecidos comunitariamente¹³. Este tipo de culturas, que se ubicaron en investigación etnográfica producida a partir de los años 50 en el área mediterránea¹⁴, Medio Este y sociedades árabes¹⁵ y América Latina¹⁶, son a menudo también patriarcales. En ellas, el código de conducta en que descansa el estatus de las familias depende fundamentalmente de la sexualidad de las

Honour-Based Violence in the United Kingdom», *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 35, núm. 13-14, 2020, pp. 2464-2491.

⁷ EISNER/GHUNIEM, *Aggressive Behaviour*, vol. 39, núm. 5, 2013, pp. 405-417; GORAR, *Honour Based Crimes and the Law. Defining the limits of Honour Based Violence and Abuse*, pp. 1 ss.; RIGONI, *Honour-Based Violence and Forced Marriages. Community and Restorative Practices in Europe*, pp. 3 ss.

⁸ ASHOKKUMAR/SWANN «Restoring Honor by Slapping or Disowning the Daughter», *Personality & Social Psychology Bulletin*, 49(6), 2023, pp. 823-836; BATES, «Honor-Based Abuse in England and Wales: Who does What to Whom?», *Violence Against Women*, vol. 27, núm. 10, 2021, pp. 1774-1795; ERTÜRK, «Towards a Post-Patriarchal Gender Order: Confronting the Universality and the Particularity of Violence Against Women», *Sociologisk Forskning*, vol. 46, núm. 4, 2009, pp. 61-70; PAYTON, *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 29, núm. 16, 2014, pp. 2863-2883; SALTER, «Multi-perpetrator Domestic Violence», *Trauma, Violence & Abuse*, vol. 15, núm. 2, 2014, pp. 102-112.

⁹ BATES, *Violence Against Women*, vol. 27, núm. 10, 2021, pp. 1774-1795; HMIC, *The depths of dishonour: Hidden voices and shameful crimes. An inspection of the police response to honour-based violence, forced marriage and female genital mutilation*, pp. 20 ss.; SALTER, *Trauma, Violence & Abuse*, vol. 15, núm. 2, 2014, pp. 102 ss.

¹⁰ BHANBHRO/CRONIN DE CHAVEZ/LUSAMBILI, «Honour based violence as public health problem: a critical review of literature», *International Journal of Human Rights in Healthcare*, vol. 9, núm. 3, 2016, pp. 198-215; EISNER/GHUNIEM, *Aggressive Behaviour*, vol. 39, núm. 5, 2013, pp. 405-417.

¹¹ ALIZADEH/TÖRNKVIST/HYLANDER, «Counselling teenage girls on problems related to the “protection of family honour” from the perspective of school nurses and counsellors», *Health & Social Care in the Community*, vol. 19, núm. 5, 2011, pp. 476-484; IDRIS, «Abused by the Patriarchy: Male Victims, Masculinity, “Honor”-Based Abuse and Forced Marriages», *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 37, núm. 13-14, 2022, pp. 1-28

¹² PITT-RIVERS, «Honor and social status», en PERISTIANY (ed.), *Honour and Shame: The Values of Mediterranean Society*, Weidenfeld & Nicolson, Londres, 1965, pp. 18-77; STEWART, Frank H., *Honour*, University of Chicago Press, Chicago, 1994.

¹³ COUTURE-CARRON, «Shame, Family Honor, and Dating Abuse: Lessons From an Exploratory Study of South Asian Muslims», *Violence Against Women*, vol. 26, núm. 15-16, 2020, pp. 2004-2023.

¹⁴ RODRIGUEZ MOSQUERA, «Masculine and feminine honor codes», *International Journal of Social Psychology*, vol. 26, núm. 1, 2011, pp. 63-72.

¹⁵ BALDRY/PAGLIARO/PORCARO, «The rule of law at time of masculine honor: Afghan police attitudes and intimate partner violence», *Group Processes & Intergroup Relations*, vol. 16, núm. 3, 2013, pp. 363-374; GUL/CROSS/USKUL, «Implications of culture of honor theory and research for practitioners and prevention researchers», *American Psychologist*, vol. 76, núm. 3, 2021, pp. 502-515

¹⁶ VANDELLO/COHEN, «Male honor and female fidelity: Implicit cultural scripts that perpetuate domestic violence», *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 84, núm. 5, 2003, pp. 997-1010.

mujeres del grupo¹⁷, de su castidad o virginidad¹⁸. En la conducta de las mujeres recae el peso de mantener el honor de la familia o grupal, evitando traer a la vergüenza a la misma¹⁹.

Aun cuando la cultura pueda constituir un factor relevante para explicar cómo se fragua la VCH desde una perspectiva etnográfica, la aproximación culturalista a esta realidad se ha abandonado en los últimos años en las aproximaciones jurídicas e institucionales a la VCH. Esto porque tiende a vincular a estas comunidades con culturas minoritarias en el mundo occidental²⁰ que recurren a prácticas bárbaras en que las mujeres son victimizadas por varones que perpetúan valores patriarcales atribuidos a quienes practican determinadas religiones o siguen dictados de las culturas del honor, que necesitan ser civilizadas y controladas²¹. Se trata de visiones eurocéntricas, orientalistas y estigmatizadoras de determinadas culturas²² que han centrado la atención en la respuesta institucional y jurídica a la VCH no en las víctimas, sino en la cultura.

Frente a la aproximación culturalista, en la actualidad la VCH se afronta como un atentado a los derechos humanos de las mujeres, traduciéndose en un discurso académico que la conceptúa como una manifestación específica de la violencia contra las mujeres²³. Desde esta perspectiva, se entiende que debe evitarse estigmatizar a las mujeres migrantes que sufren VCH como víctimas indefensas, tildando a sus familias y a sus comunidades de intrínsecamente violentas y opresivas. Así se entiende por literatura publicada en países europeos como el Reino Unido²⁴,

¹⁷ ERTÜRK, *Sociologisk Forskning*, vol. 46, núm. 4, 2009, pp. 61-70; PAYTON, *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 29, núm. 16, 2014, pp. 2863 ss.; RODRIGUEZ MOSQUERA, *International Journal of Social Psychology*, vol. 26, núm. 1, 2011, pp. 63 ss.

¹⁸ GORAR, «Female Sexual Autonomy, Virginity, and Honour-based Violence with Special Focus on the UK», *Journal of International Women's Studies*, vol. 22, núm. 5, 2021, pp. 72-83; RODRIGUEZ MOSQUERA/MANSTEAD/FISCHER, «Honor in the Mediterranean and Northern Europe», *Journal of Cross-Cultural Psychology*, vol. 33, núm. 1, 2002b, pp. 16-36.

¹⁹ BHANBHRO, «“Honour Crimes”», en ALI/ROGERS (eds.), *Gender Based Violence. A Comprehensive Guide*, Springer, Suïssa, 2023, pp. 285-299.

²⁰ STRID/BAIANSTOVU/ENELO, «Inequalities, isolation, and intersectionality: A quantitative study of honour-based violence among girls and boys in metropolitan Sweden», *Women's Studies International Forum*, vol. 88, 2021, p. 102518.

²¹ BREDAL, «Ordinary v. Other Violence? Conceptualising Honour-Based Violence in Scandinavian Public Policies», en GILL/STRANGE/ROBERTS (eds.), *'Honour' Killing and Violence. Theory, Policy and Practice*, Palgrave Macmillan, Londres, 2014, pp. 135-155; GRUBER, «In the Name of Action Against “Honour-Related” Violence», *Nordic Journal of Migration Research*, vol. 1, núm. 3, 2011, pp. 126-136; KORTEWEG/YURDAKUL, «Islam, gender, and immigrant integration: Boundary drawing in discourses on honour killing in the Netherlands and Germany», *Ethnic and Racial Studies*, vol. 32, núm. 2, 2009, pp. 218-238; MEETOO/MIRZA, «“There is Nothing ‘Honourable’ About Honour Killings”: Gender, Violence and The Limits of Multiculturalism», *Women's Studies International Forum*, vol. 30, núm. 3, 2007, pp. 187-200; SEDEM/FERRER-WREDER, «Fear of the loss of honor: Implications of honor based violence for the development of youth and their families», *Child and Youth Care Forum*, vol. 44, núm. 2, 2015, pp. 225-237; WIKSTRÖM/GHAZINOUR, «Swedish experience of sheltered housing and conflicting theories in use with special regards to honour related violence (HRV)», *European Journal of Social Work*, vol. 13, núm. 2, 2010, pp. 245-259.

²² ABU-LUGHOD, «Seductions of the “Honor Crime”», *Difference*, 22(1), 2011, pp. 17-63; GILL, «Introduction: “Honour” and “Honour”-Based Violence: Challenging Common Assumptions», a GILL/STRANGE/ROBERTS (eds.), *'Honour' Killing and Violence. Theory, Policy and Practice*, Palgrave Macmillan, Londres, 2014, pp. 1-23.

²³ BEGIKHANI/GILL/HAGUE, *Honour-Based Violence. Experiences and Counter-Strategies in Iraqi Kurdistan and the UK Kurdish Diaspora*, pp. 1-202.

²⁴ BEGIKHANI/GILL/HAGUE, *Honour-Based Violence. Experiences and Counter-Strategies in Iraqi Kurdistan and the UK Kurdish Diaspora*, pp. 1-202; CHANTLER/MCCARRY, «Forced Marriage, Coercive Control, and Conducive Contexts: The Experiences of Women in Scotland», *Violence Against Women*, vol. 26, núm. 1, 2020, pp. 89-109; GILL/ANITHA, *Forced Marriage: Introducing a Social Justice and Human Rights Perspective*, Zed Books, Londres, 2011; GILL, en *'Honour' Killing and Violence. Theory, Policy and Practice*, pp. 1-23; GORAR, *Honour Based Crimes and the Law*.

Alemania²⁵, Holanda²⁶ o Suecia²⁷, además de en Norteamérica²⁸. Desde estas posiciones próximas al feminismo postcolonial se insiste en la conveniencia de superar la mera aproximación patriarcal a la violencia contra las mujeres en general y la VCH en particular para adoptar una perspectiva interseccional que tenga en cuenta otras variables que van más allá del binomio sexo-género, como la clase social o la raza, para explicar cómo se producen y la forma en que deben afrontarse²⁹. Se entiende que las respuestas institucionales deben ganar en complejidad, actuando en el ámbito preventivo, además de protegiendo a las víctimas, sin dejar de atender a las singularidades culturales que pueden verse reflejadas en ciertas manifestaciones de esta violencia³⁰. Por ello, aun cuando la VCH se considere una especie del género violencia contra las mujeres, no se renuncia a incluir al componente cultural en la ecuación: se considera que las especialidades culturales del grupo deben ser tomadas en consideración no para estigmatizar a la víctima o al grupo, sino como una forma de meaning-making process³¹, como facilitadoras de una comprensión culturalmente sensible y apropiada de esta forma de violencia y de las respuestas para afrontarla.

También desde un punto de vista normativo, desde estancias internacionales, la VCH se considera una manifestación de la violencia contra las mujeres que debe afrontarse victimocéntricamente. De esto constituye testimonio el Consejo de Europa (CoE) y la normativa emanada por este organismo internacional para luchar contra la VCH³². En particular a través de lo dispuesto por el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 2011 (Convenio de Estambul) y la Resolución 2395 (2021) de la Asamblea Parlamentaria del CoE para reforzar la lucha contra los denominados crímenes de honor. El Convenio de Estambul adopta una aproximación victimocéntrica frente a

Defining the limits of Honour Based Violence and Abuse, pp. 1 ss.; IDRIS, «Not domestic violence or cultural tradition: Is honour-based violence distinct from domestic violence?», *Journal of Social Welfare & Family Law*, vol. 39, 2017, pp. 3-21.

²⁵ RIGONI, *Honour-Based Violence and Forced Marriages. Community and Restorative Practices in Europe*, pp. 3 ss.; YURDAKUL/KORTEWEG, «Gender equality and immigrant integration: Honor killing and forced marriage debates in the Netherlands, Germany, and Britain», *Women's Studies International Forum*, vol. 41, 2013, pp. 204-214; YURDAKUL/KORTEWEG, «State Responsibility and Differential Inclusion: Addressing Honor-Based Violence in the Netherlands and Germany», *Social Politics*, vol. 27, núm. 2, 2020, pp. 187-211.

²⁶ SANBERG/JANSSEN, «The spectacle of the feminine Other: Reading migrant women's autobiographies about honour-based violence», *Women's Studies International Forum*, vol. 68, 2018, pp. 55-64; YURDAKUL/KORTEWEG, *Women's Studies International Forum*, vol. 41, 2013, pp. 204 ss.; YURDAKUL/KORTEWEG, *Social Politics*, vol. 27, núm. 2, 2020, pp. 187 ss.

²⁷ CARBIN, «The requirement to speak: Victim stories in Swedish policies against honour-related violence», *Women's Studies International Forum*, vol. 46, 2014, pp. 107-114; STRID/BAIANSTOVU/ENELO, *Women's Studies International Forum*, vol. 88, 2021, p. 102518.

²⁸ GILL, «Problematising "Honour Crimes" within the Canadian Context: A Postcolonial Feminist Analysis of Popular Media and Political Discourses», *Societies*, vol. 12, núm. 2, 2022, p. 62; MUCINA/JAMAL, «Introduction to Special Issue: Assimilation, interrupted: Transforming Discourses of Culture-and Honour-Based Violence in Canada», *International Journal of Child, Youth and Family Studies*, vol. 12, núm. 1, 2021, pp. 1-12; OLWAN, *Gender Violence and the Transnational Politics of the Honor Crime*, The Ohio State University Press, Columbus, 2021.

²⁹ ABU LUGHOD, «Do Muslim women really need saving? Anthropological reflections on cultural relativism and its others», *American Anthropologist*, vol. 104, núm. 3, 2002, pp. 783 ss.

³⁰ MIR-HOSSEINI, «Criminalising Sexuality: Zina Laws as Violence Against Women in Muslim Contexts», *Sur-International Journal on Human Rights*, vol. 8, núm. 15, 2011, pp. 1-41; TIZRO, *Domestic Violence in Iran. Women, Marriage and Islam*, Routledge, Londres i Nova York, 2012.

³¹ ABJI/KORTEWEG, «"Honour"-based violence and the politics of culture in Canada: Advancing a cultural analysis of multiscalar violence», *International Journal of Child, Youth and Family Studies*, vol. 12, núm. 1, 2021, pp. 73-92.

³² VILLACAMPA, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 43, 2023, pp. 1 ss.

la violencia contra las mujeres, la de honor entre ellas, que pretende no solo la persecución de estas conductas, sino, sobre todo su prevención y la protección procesal y extraprocesal de las víctimas, a conseguir empleando políticas coordinadas. Adopta un abordaje holístico centrado en la protección de las víctimas que prevé conseguir mediante la implementación de los denominados cuatro pilares del Convenio de Estambul³³: prevención, protección, persecución y políticas coordinadas. Con todo, en refuerzo de la obligación de incriminar este tipo de conductas contenida en instrumentos soft law aprobados por el CoE durante la primera década del S. XXI - Resoluciones de la Asamblea Parlamentaria 1247 (2001), 1327 (2003), 1681 (2009) y Recomendación 1881 (2009)-, veta la posibilidad de aplicar las defensas culturales que eventualmente puedan introducirse en los derechos penales nacionales a los delitos de honor (arts. 12, pfo. 5, y 42)³⁴. Más allá va la Resolución 2395 (2021) que demanda ya directamente incluir el honor como una circunstancia agravante de la responsabilidad penal de los ofensores y que, al no renunciar a la aproximación victimocéntrica a la VCH basada en la mencionada política de cuatro pilares, contempla toda una batería de medidas que deben adoptarse para afrontarla, algunas claramente orientadas a la prevención y, sobre todo, a la protección de las víctimas. Semejante es la aproximación de la más reciente Directiva (UE) 2024/1385 sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. La norma UE insiste en la necesidad de adoptar una política que tutele holísticamente a las víctimas de violencia contra las mujeres y de VCH, además de incluir en sus arts. 3 y 4 la obligación de incriminar la mutilación genital femenina y el matrimonio forzoso, respectivamente, por parte de los Estados miembros, y contemplar la obligación de agravar los crímenes de honor en su art. 11.o).

Pensando en el diseño de una respuesta institucional y jurídica holística a la VCH centrada en la protección de la víctima tiene sentido analizar la percepción social de estas conductas violentas grupales, sobre todo en estratos poblacionales que, por edad, pueden potencialmente ser víctimas o victimarios, dado que son conductas a menudo apoyadas por la comunidad³⁵. Las investigaciones realizadas sobre percepción de VCH lo han sido con población joven -estudiantes universitarios o de secundaria- y se han centrado en las manifestaciones más graves de la VCH, sobre todo en los honour killings³⁶, en los matrimonios forzados y en la violencia física o sexual³⁷.

³³ COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, Council of Europe Treaties Series, núm. 210, 2011.

³⁴ COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, p. 17.

³⁵ EISNER/GHUNIEM, *Aggressive Behaviour*, vol. 39, núm. 5, 2013, pp. 405-417; GORAR, *Honour Based Crimes and the Law. Defining the limits of Honour Based Violence and Abuse*, pp. 1 ss.; RIGONI, *Honour-Based Violence and Forced Marriages. Community and Restorative Practices in Europe*, pp. 3 ss.

³⁶ ASHRAF/ABRAR-UL-HAQ/ASHRAF, «Domestic Violence against Women: Empirical Evidence from Pakistan», *Petanika Journal of Social Sciences & Humanities*, vol. 25, núm. 3, 2017, pp. 1401-1418; CAFFARO/FERRARIS/SCHMIDT, «Gender Differences in the Perception of Honour Killing in Individualist Versus Collectivistic Cultures: Comparison Between Italy and Turkey», *Sex Roles*, vol. 71, 2014, pp. 296-318; CIHANGIR, «Gender specific honor codes and cultural change», *Group Processes & Intergroup Relations*, vol. 16, núm. 3, 2012, pp. 319-333; EISNER/GHUNIEM, *Aggressive Behaviour*, vol. 39, núm. 5, 2013, pp. 405 ss.; HUDA/KAMAL, «Development and validation of attitude towards Honour Killing Scale», *Pakistan Journal of Psychological Research*, vol. 35, núm. 2, 2020, pp. 227-251; KAYA/TURAN, «Attitudes toward Honor and Violence against Women for Honor in the Context of the Concept of Privacy: A Study of Students in the Faculty of Health Sciences», *Connectist: Istanbul University Journal of Communication Sciences*, núm. 54, 2018, pp. 65-84; YEŞİLÇİÇEK ÇALIK, «Attitudes of Turkish Academics Regarding Violence Against Women in the Name of Honor», *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 33, núm. 20, 2018, pp. 3232-3254.

³⁷ GILL/HARVEY, «Examining the Impact of Gender on Young People's Views of Forced Marriage in Britain», *Feminist Criminology*, vol. 12, núm. 1, 2016, pp. 72-100; KHAN/SALEEM/LOWE, «“Honour”-based violence in a British South Asian community», *Safer Communities*, vol. 17, núm. 1, 2018, pp. 11-21; VANDELLO/COHEN/GRANDON/FRANIUK,

Además, se han ubicado en zonas geográficas donde perviven las identificadas como culturas de honor, en especial Turquía³⁸, América del Sur³⁹ y el área Mediterránea⁴⁰, empleando muestras poblacionales de europeos o norteamericanos solo a modo de contraste. Han puesto de manifiesto que la variable sociodemográfica más relevante para explicar el apoyo a este tipo de violencia es el sexo-género, sobre todo vinculado con la cultura, siendo los varones más indulgentes con tales conductas que las mujeres⁴¹. Otras variables que favorecen una percepción más indulgente de esta forma de violencia son el bajo nivel de estudios⁴², una crianza guiada por progenitores con escasa formación -sobre todo de las madres-⁴³, el apego a roles tradicionales de género⁴⁴, habitar en zonas rurales⁴⁵, la joven edad en algunos casos⁴⁶ y, en menor medida, la religiosidad/extremismo⁴⁷.

La investigación sobre percepción de VCH, sin embargo, presenta vacíos. En primer lugar, no se ha prestado aun suficiente atención a analizar la forma en que la perciben muestras poblacionales occidentales o europeas. Este resulta un aspecto en que es pertinente incidir de

«Stand by Your Man: Indirect Prescriptions for Honorable Violence and Feminine Loyalty in Canada, Chile, and the United States», *Journal of Cross-Cultural Psychology*, vol. 40, núm. 1, 2009, pp. 81-104.

³⁸ CIHANGIR, *Group Processes & Intergroup Relations*, vol. 16, núm. 3, 2012, pp. 319-333; CAFFARO/FERRARIS/SCHMIDT, *Sex Roles*, vol. 71, 2014, pp. 296-318; EISNER/GHUNIEM, *Aggressive Behaviour*, vol. 39, núm. 5, 2013, pp. 405-417; GLICK/SAKALLI-UĞURLU/AKBAŞ/ORTA/CEYLAN, «Why Do Women Endorse Honor Beliefs? Ambivalent Sexism and Religiosity as Predictors», *Sex Roles: A Journal of Research*, vol. 75, núm. 11-12, 2016, pp. 543-554; GUL/SCHUSTER, «Judgments of marital rape as a function of honor culture, masculine reputation threat, and observer gender: A cross-cultural comparison between Turkey, Germany, and the UK», *Aggressive Behavior*, vol. 46, núm. 4, 2020, pp. 341-353; HUDA/KAMAL, *Pakistan Journal of Psychological Research*, vol. 35, núm. 2, 2020, pp. 227-251; KAYA/TURAN, *Connectist: Istanbul University Journal of Communication Sciences*, núm. 54, 2018, pp. 65 ss.; YEŞİLÇİÇEK ÇALIK, *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 33, núm. 20, 2018, pp. 3232 ss.

³⁹ VANDELLO/COHEN, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 84, núm. 5, 2003, pp. 997-1010; VANDELLO/COHEN/GRANDON/FRANIUK, *Journal of Cross-Cultural Psychology*, vol. 40, núm. 1, 2009, pp. 81 ss.

⁴⁰ CAFFARO/MULAS/SCHMIDT, «The Perception of Honour-Related Violence in Female and Male University Students from Morocco, Cameroon and Italy», *Sex Roles*, vol. 75, núm. 11-12, 2016, pp. 555-572; CIHANGIR, *Group Processes & Intergroup Relations*, vol. 16, núm. 3, 2012, pp. 319 ss.; LÓPEZ-ZAFRA/RODRÍGUEZ-ESPARTAL, «Relación entre cultura del honor, celos y satisfacción en la pareja», *Boletín de Psicología*, núm. 94, 2008, pp. 7-22; RODRÍGUEZ-ESPARTAL/LÓPEZ-ZAFRA, «Relación entre cultura del honor y variables de personalidad como posibles factores explicativos de la violencia de género», en EXPÓSITO/HERRERA/BUELA/NOVO/FARIÑA (eds.), *Psicología Jurídica. Áreas de Investigación*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2010, pp. 112-125.

⁴¹ CAFFARO/MULAS/SCHMIDT, *Sex Roles*, vol. 75, núm. 11-12, 2016, pp. 555-572; CAFFARO/FERRARIS/SCHMIDT, *Sex Roles*, vol. 71, 2014, pp. 296-318; CIHANGIR, *Group Processes & Intergroup Relations*, vol. 16, núm. 3, 2012, pp. 319-333; GILL/HARVEY, *Feminist Criminology*, vol. 12, núm. 1, 2016, pp. 72-100; GLICK/SAKALLI-UĞURLU/AKBAŞ/ORTA/CEYLAN, *Sex Roles: A Journal of Research*, vol. 75, núm. 11-12, 2016, pp. 543-554; KAYA/TURAN, *Connectist: Istanbul University Journal of Communication Sciences*, núm. 54, 2018, pp. 65-84; HAN/SALEEM/LOWE, *Safer Communities*, vol. 17, núm. 1, 2018, pp. 11 ss.; EISNER/GHUNIEM, *Aggressive Behaviour*, vol. 39, núm. 5, 2013, pp. 405 ss.; HUDA/KAMAL, *Pakistan Journal of Psychological Research*, vol. 35, núm. 2, 2020, pp. 227 ss.

⁴² CIHANGIR, *Group Processes & Intergroup Relations*, vol. 16, núm. 3, 2012, pp. 319 ss.; KAYA/TURAN, *Connectist: Istanbul University Journal of Communication Sciences*, núm. 54, 2018, pp. 65 ss.; LÓPEZ-ZAFRA/RODRÍGUEZ-ESPARTAL, *Boletín de Psicología*, núm. 94, 2008, pp. 7 ss.

⁴³ EISNER/GHUNIEM, *Aggressive Behaviour*, vol. 39, núm. 5, 2013, pp. 405-417; KAYA/TURAN, *Connectist: Istanbul University Journal of Communication Sciences*, núm. 54, 2018, pp. 65-84.

⁴⁴ HUDA/KAMAL, *Pakistan Journal of Psychological Research*, vol. 35, núm. 2, 2020, pp. 227-251.

⁴⁵ YEŞİLÇİÇEK ÇALIK, *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 33, núm. 20, 2018, pp. 3232-3254.

⁴⁶ EISNER/GHUNIEM, *Aggressive Behaviour*, vol. 39, núm. 5, 2013, pp. 405 ss.; YEŞİLÇİÇEK ÇALIK, *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 33, núm. 20, 2018, pp. 3232 ss.

⁴⁷ EISNER/GHUNIEM, *Aggressive Behaviour*, vol. 39, núm. 5, 2013, pp. 405-417; HUDA/KAMAL, *Pakistan Journal of Psychological Research*, vol. 35, núm. 2, 2020, pp. 227-251; CEYLAN-BATUR/SAKALLI/GUNARATNE, «Predictors of tolerating violence against women: honor concerns and fundamentalist religious orientation», *Current Psychology*, vol. 42, núm. 12, 2023, pp. 9720-9733.

abordar la VCH como una manifestación de la violencia contra las mujeres, tanto atendiendo a la multiculturalidad creciente de las sociedades occidentales cuanto al hecho de que la mayor parte de estudios empíricos sobre victimización por VCH en los últimos años se han realizado en Europa, lo que demuestra que también aquí se produce este tipo de violencia⁴⁸. En segundo lugar, tampoco se han abordado todas las formas de VCH, sino solo las más graves, lo que, además de ser poco coherente con el entendimiento de la VCH como continuum de violencia, comporta el desconocimiento acerca de cómo se perciben socialmente las formas más sutiles y prevalentes de esta forma de violencia. En tercer lugar, los análisis sobre percepción poblacional existentes apenas abordan visiones acerca de qué tipo de respuesta jurídica se considera debe ofrecerse a diversas manifestaciones de esta forma de violencia, pues aun cuando muy escasos instrumentos de medida han recabado datos sobre esta cuestión, o se limitan a preguntar sobre la necesidad o no de criminalización⁴⁹ o, cuando van algo más allá, no parecen haberse publicado los resultados obtenidos⁵⁰. Esta limitada aproximación al conocimiento sobre la percepción que se tiene acerca de la respuesta jurídica que debe ofrecerse a la VCH, basada exclusivamente en valorar la conveniencia sobre la incriminación de la VCH, contrasta con el carácter holístico de la respuesta jurídica que debe ofrecerse a la misma según las disposiciones internacionales mencionadas, centradas más en la protección victimal que en la mera incriminación de conductas.

Con la finalidad de colmar estos vacíos de protección, prestando particular atención al tercero de ellos, se emprendió la investigación cuantitativa que aquí se presenta. Su principal objetivo consiste en desentrañar qué tipo de respuesta jurídica considera un grupo de población joven europea que merecen manifestaciones de VCH de diversa gravedad. Al mismo tiempo, busca medirse la influencia de determinados factores sociodemográficos, cognitivos y situacionales en las respuestas ofrecidas.

2. Método

2.1. Muestra e instrumento

Para cumplir dicho objetivo se seleccionó una muestra de población universitaria compuesta por 3.005 estudiantes que cursaban sus estudios de grado, máster y doctorado en 8 universidades ubicadas en Cataluña, en el noreste español (*vid.* Anexo - Tabla I). La muestra fue mixta y se seleccionó en función de la accesibilidad de los potenciales encuestados, cubriendo todas las capitales de provincia en Cataluña y atendiendo, además, al objetivo de contraponer población residente en una conurbación urbana con amplia densidad poblacional (Barcelona) y en una zona rural (Lleida). Fue tomada en España porque, pese a ser un país de la Europa occidental, los estudios etnográficos realizados sobre culturas de honor han situado hasta épocas recientes a la española entre las culturas de honor que perviven en el Mediterráneo⁵¹, aun cuando los códigos

⁴⁸ VILLACAMPA ESTIARTE/PINILLA PÉREZ, *InDret*, núm. 1, 2025, pp. 331 ss.

⁴⁹ GILL/HARVEY, *Feminist Criminology*, vol. 12, núm. 1, 2016, pp. 72-100.

⁵⁰ CAFFARO/MULAS/SCHMIDT, *Sex Roles*, vol. 75, núm. 11-12, 2016, pp. 555-572; CAFFARO/FERRARIS/SCHMIDT, *Sex Roles*, vol. 71, 2014, pp. 296-318.

⁵¹ RODRIGUEZ MOSQUERA/MANSTEAD/FISCHER, «The Role of Honor-Related Values in the Elicitation, Experience, and Communication of Pride, Shame, and Anger: Spain and the Netherlands Compared», *Personality and Social Psychology Bulletin*, vol. 26, núm. 7, 2002a, pp. 833-844.

de honor de la sociedad española, lo mismo que los de otras sociedades del sur de Europa, puedan estar aproximándose paulatinamente a los propios de culturas más individualistas⁵².

Respecto del instrumento empleado, los datos se recabaron mediante un cuestionario online estructurado en 3 secciones: 1. Información sociodemográfica (preguntas 1 a 20); 2. Escenarios de caso, en que se exponía a los encuestados un caso, del que derivaban 3 diversos escenarios, en relación con cada una de los cuales se formulaban a los encuestados 6 cuestiones; 3. Preguntas orientadas a conocer si los encuestados habían sido víctimas de VCH.

En relación con las variables sociodemográficas, además de por el género, para conocer la procedencia de las personas encuestadas, se les preguntó por la lengua que hablan habitualmente en su casa y su lugar de nacimiento. Para determinar la religiosidad, se les preguntó con qué religión de las incluidas en un listado abierto se sentían más identificados, ofreciéndoles la opción de responder que no practicaban ninguna. Para determinar el tipo de formación recibida, se les preguntó acerca de la disciplina científica en la que se enmarcaban sus estudios. Para identificar el ámbito residencial, se les preguntó por la provincia en la que cursan estudios sus estudios.

Para determinar el factor cognitivo, se construyó un indicador dicotómico de conocimiento sobre manifestaciones de VCH. Para ello, el cuestionario incluía 10 ítems que preguntaban si la persona conocía (sí/no) diferentes manifestaciones de VCH. A partir de estas respuestas se generó la variable “Consciencia 7 manifestaciones” con dos categorías: “conoce” (≥ 6 respuestas “sí” de 10; es decir, $\geq 60\%$ de aciertos) y “no conoce” (< 6 “sí”). El umbral se fijó a priori con un criterio sustantivo de conocimiento medio-alto (al menos 6 de las 10 manifestaciones), y para maximizar la interpretabilidad y la estabilidad de los modelos (evitando categorías muy raras).

En la segunda parte del cuestionario se expuso a los encuestados un caso escenario. Se empleó como modelo la sistemática seguida por CAFFARO, MULAS y SCHMIDT⁵³, ampliando el universo de casos a supuestos más allá de al uso de violencia física y privación de libertad al que se refería esta investigación y el número de preguntas planteadas respecto de cada caso.

Caso escenario: Alba es una chica simpática y extrovertida de 19 años que nació y reside en el extrarradio de Barcelona. Es una excelente estudiante de segundo curso de arquitectura que puede permitirse ir a la universidad gracias a becas. La carrera es dura, pero encuentra tiempo para salir con las amigas, divertirse y conocer a personas nuevas. En una fiesta universitaria conoce a Àlex, de 20 años, también un buen estudiante de ingeniería industrial. Llevan ya un año saliendo, la relación va genial y los estudios de los dos también. Les gustaría vivir juntos cuando acaben la universidad y puedan pagar un alquiler. Los padres de Alba no saben nada de la relación ni de los planes de la pareja. Su padre es un hombre muy tradicional, a quien le preocupa mucho la reputación de su hija en el barrio, que se opone a que salga con chicos y con personas que no conoce, que no quiere que vista provocativamente y que no entiende por qué quiso estudiar en la universidad.

⁵² CAFFARO/MULAS/SCHMIDT, *Sex Roles*, vol. 75, núm. 11-12, 2016, pp. 555-572; CAFFARO/FERRARIS/SCHMIDT, *Sex Roles*, vol. 71, 2014, pp. 296-318; RODRIGUEZ MOSQUERA/MANSTEAD/FISCHER, RODRIGUEZ MOSQUERA/MANSTEAD/FISCHER, *Journal of Cross-Cultural Psychology*, vol. 33, núm. 1, 2002b, pp. 16-36; LOS MISMOS, *Cognition and Emotion*, vol. 16, núm. 1, 2002c, pp. 143-163.

⁵³ CAFFARO/MULAS/SCHMIDT, *Sex Roles*, vol. 75, núm. 11-12, 2016, pp. 555 ss.

En relación con este caso, se planteaban 3 supuestos de gravedad decreciente:

Escenario 1 [violencia física (VF)-matrimonio forzado (MF)]: Cuando el padre se entera de que Alba tiene un novio no escogido por la familia, avergonzado por la conducta de su hija, la abofetea, le quita el móvil y la encierra en su habitación. Le dice que cuando tenía 7 años él y la madre de Alba la prometieron en matrimonio con un primo lejano de la familia, 20 años mayor que ella, con quien ha llegado el momento de casarla. Alba se niega, pero tras semanas de discusiones con sus padres, bofetones y encierro, acaba accediendo y se casa con su primo.

Escenario 2 [violencia psicológica (VP)-privación de libertad]: Cuando el padre se entera de que Alba tiene un novio no escogido por la familia, avergonzado por la conducta de su hija, le prohíbe continuar con la relación. La castiga encerrándola en casa sin poder comunicarse con Àlex o con sus amigas durante semanas y le impide seguir estudiando en la universidad. Para consolarla, su madre le ofrece ir con ella al casal del barrio, donde hay voluntarias que le enseñarán a cocinar y a coser.

Escenario 3 [violencia psicológica (VP)- por comportamiento controlador]: Cuando el padre se entera de que Alba tiene un novio que no ha escogido la familia, avergonzado por la conducta de su hija, le prohíbe continuar con la relación. Para preservar la reputación de su hija, advierte a Alba que no podrá salir de casa sin la supervisión de uno de sus hermanos varones o de su madre. A partir de ese momento, siempre hay un miembro de su familia que la acompaña al ir y volver de la universidad, a menudo su padre le chequea el móvil y solo le dan permiso para salir con sus amigas de día y bajo control de uno de sus hermanos.

Respecto de cada caso se planteaban 6 cuestiones. Las 4 primeras eran afirmaciones en relación con las que la persona encuestada debía indicar si estaba o no en desacuerdo, siendo valoradas mediante escalas Likert de 5 puntos (1=muy en desacuerdo, 5=muy de acuerdo):

- La conducta del padre de Alba debería considerarse un delito
- La conducta del padre de Alba es grave
- Es necesaria la intervención de la policía para resolver la situación
- Tendría sentido intentar mediar entre Alba y su padre para que comprenda el daño que ha causado a su hija y para que se comprometa a repararlo si no quiere ser sancionado.

La quinta estaba orientada a conocer qué consecuencia jurídica deberían tener estos supuestos:

- ¿Cuál de las siguientes consecuencias te parecería la más adecuada para el padre de Alba si fuese juzgado por estos hechos? (posibles respuestas: (1) debería ser condenado a una pena de prisión de más de 5 años; (2) debería ser condenado a una pena de prisión de menos de 5 años; (3) debería ser condenado a no poder acercarse ni comunicarse con Alba durante un tiempo, ingresando en prisión solo si incumple la prohibición; (4) no debería ser condenado por un juez penal, sino que la prohibición de comunicarse y acercarse a Alba debería imponerla un juez de familia; (5) esta conducta no debería tener ninguna consecuencia jurídica.

La sexta se dirigía a conocer si la percepción sobre la gravedad de los casos cambiaría de haber sido la madre quien hubiese realizado la conducta:

- ¿Cambiarían tus respuestas si en lugar del padre de Alba hubiese sido su madre la que hubiese actuado del modo indicado en el caso? (posibles repuestas: (1) Sí, (2) No).

La tercera parte del cuestionario tenía por objeto desentrañar si la persona encuestada podía haber sido víctima de alguna manifestación sutil de VCH:

- ¿En alguna ocasión alguien a quién tú conoces o tú mismo/a os habéis encontrado en alguna de las siguientes situaciones?: (posibles respuestas: a) vuestros padres o algún familiar os han impedido tener una relación romántica; b) vuestra familia espera que permanezcáis vírgenes hasta el matrimonio; c) os han impedido salir solos de casa por riesgo de que tuvierais alguna relación sexual o sentimental que, aunque vosotros queráis, no era deseada por la familia; d) alguna otra similar a las anteriores).

2.2. Procedimiento y análisis estadístico

Obtenida autorización del Comité de Ética de la Investigación de la Universitat de Lleida, se elaboró una primera versión del cuestionario online mediante Microsoft Forms y se efectuó un pre-test con 10 personas (5 investigadores y 5 estudiantes universitarios de primer curso de grado). Se realizaron algunos ajustes en el instrumento, recabándose los datos entre febrero y mayo de 2024. Con este fin, los integrantes del equipo investigador se personaban en las universidades seleccionadas a la hora convenida con el profesor responsable de la clase, exponían el objeto de la investigación y proyectaban en la pantalla del aula un código QR y el enlace de acceso a la encuesta para que los estudiantes que lo quisiesen pudiesen cumplimentarla anónimamente. Los datos anonimizados se han almacenado disociados en el servidor de la Universitat de Lleida.

El tratamiento estadístico se realizó con el programa SPSS versión 30. Tras elaborar un análisis descriptivo de las variables, se llevaron a cabo, dado el nivel de medida de las variables dependientes, diversas regresiones logísticas ordinales de odds proporcionales (procedimiento PLUM de SPSS) con enlace logit. Se estimaron modelos separados para cada escenario (1, 2 y 3) y para cada una de las seis preguntas planteadas, manteniendo en todos ellos una especificación idéntica de covariables (Tabla II).

Tabla II. Covariables incluidas en los modelos de regresión

Tipo de variable	Covariable analizada
Sociodemográficas (6)	- Género (hombre/mujer) - Religiosidad (religioso/a vs. no religioso/a) - Disciplina de estudios (Derecho/Criminología vs. otras) - Lengua habitual en el hogar (catalán vs. otras) - Provincia de estudios (Barcelona vs. otras) - Lugar de nacimiento (España vs. extranjero)
Contextual/Situacional (1)	- Victimización previa por violencia de causa de honor
Cognitiva/Conocimiento (1)	- Indicador dicotómico de conocimiento (≥ 6 de 10 manifestaciones reconocidas)

Fuente: elaboración propia.

Con el fin de valorar si la gravedad decreciente del escenario modula el peso de los predictores, se procedió a la comparación cualitativa de las odds ratio (OR) y sus intervalos de confianza al 95% obtenidas en cada escenario. Esta estrategia no permite contrastar formalmente

interacciones escenario × predictor (al no formar parte de un mismo modelo), pero sí facilita identificar variaciones sistemáticas en la magnitud y dirección de los efectos, lo que aporta información sobre la consistencia y la posible modulación de las asociaciones a lo largo de los distintos contextos situacionales.

3. Resultados

3.1. Resultados estadístico-descriptivos

En el Escenario 1, la gran mayoría de participantes consideró que la conducta del padre debía constituir delito (91,2%) y la calificó como grave (96,7%). Asimismo, el 82,4% señaló la necesidad de intervención policial. En relación con la consecuencia jurídica más adecuada, la opción más elegida fue la prohibición de aproximación (45,6%), seguida de la prisión (31,6% en total, sumando penas largas y cortas) y, en menor medida, la condena exclusivamente civil (20,0%). Únicamente un 2,8% no contempló sanción alguna. En cuanto a medidas restaurativas, el 65,5% apoyó la posibilidad de mediación entre padre e hija. Finalmente, el 97,5% indicó que sus respuestas no variarían si la autora de la conducta hubiera sido la madre.

En el Escenario 2, dos tercios de los encuestados (67,1%) consideraron que la conducta debía ser calificada como delito, y el 86,5% la describió como grave. La necesidad de intervención policial obtuvo un apoyo dividido: el 50,6% se mostró de acuerdo, frente a un 22,0% en desacuerdo y un 27,4% neutral. En cuanto a la sanción más adecuada, predominó la imposición de medidas civiles (41,3%), seguida de la prohibición de aproximación (32,4%); las penas de prisión tuvieron un respaldo mucho menor (13,1% en total), y un 13,2% no consideró necesaria consecuencia jurídica alguna. La mediación recibió amplio respaldo (75,6%), mientras que el 97,1% afirmó que sus respuestas no cambiarían si la autora hubiese sido la madre.

Tabla III. Percepción social de los tres escenarios (N = 3005)

Variable	Escenario 1: VF-MF	Escenario 2: VP-privación libertad	Escenario 3: VP-comportamiento controlador
Debe considerarse delito (de acuerdo/muy de acuerdo)	91,2 %	67,1 %	57,2 %
Es grave (de acuerdo/muy de acuerdo)	96,7 %	86,5 %	81,1 %
Necesaria intervención policial (de acuerdo/muy de acuerdo)	82,4 %	50,6 %	41,1 %
Necesaria sanción	97,2%	86,8%	79,9%
Sanción más frecuente	Prohibición de aproximación (45,6 %)	Solo medida civil (41,3 %)	Solo medida civil (42,7 %)
Apoyo a la mediación (de acuerdo/muy de acuerdo)	65,5 %	75,6 %	75,6 %
Cambio si fuese la madre (Sí)	2,5 %	2,9 %	3,1 %

Fuente: *Elaboración propia.*

En el Escenario 3, la percepción social se mostró aún más matizada: el 57,2% estimó que debía considerarse delito, y el 81,1% la percibió como grave. La necesidad de intervención policial obtuvo un 41,1% de acuerdo, frente a un 31,3% en desacuerdo y un 27,7% neutral. En este escenario, la opción mayoritaria en cuanto a sanción, al igual que en el Escenario 2, fue la

imposición de medidas exclusivamente de naturaleza civil (42,7%), seguida de la prohibición de aproximación (26,9%). Un 20,1% no contempló sanción alguna y solo un 10,3% apoyó la prisión. La mediación recibió un fuerte respaldo (75,6%). Como en los casos anteriores, la inmensa mayoría (96,9%) afirmó que sus respuestas no variarían si la conducta la hubiese realizado la madre.

3.2. Resultados derivados de las regresiones ordinales

En los análisis se incluyeron de forma sistemática las ocho covariables consideradas en el estudio: seis de tipo sociodemográfico (género, disciplina académica, religiosidad, lengua habitual en el hogar, provincia de estudios y lugar de nacimiento), una contextual/situacional (victimización previa por violencia por causa de honor) y una cognitiva/de conocimiento (indicador dicotómico de conocimiento de manifestaciones de VCH).

A continuación, se presentan los resultados por escenario (1–3), destacando únicamente aquellas covariables que mostraron significación estadística o al menos alguna tendencia explicativa. El resumen de predictores se expone en Tabla IV.⁵⁴

En el Escenario 1, los modelos de regresión ordinal identificaron asociaciones significativas entre el género, la religiosidad, el conocimiento sobre VCH, el tipo de formación y la victimización previa con la categorización de la conducta y las actitudes de respuesta institucional.

En relación con la consideración de la conducta como delito, el menor conocimiento de manifestaciones de VCH redujo la probabilidad de clasificar la conducta en categorías de mayor reproche ($OR=0.63$, $p<.001$). Asimismo, los hombres presentaron menor probabilidad que las mujeres de considerarla delictiva ($OR=0.59$, $p<.001$), al igual que las personas no religiosas frente a las religiosas ($OR=0.68$, $p<.001$). En lo que a la victimización previa no se observaron diferencias estadísticamente significativas ($p=.980$).

En cuanto a la percepción de gravedad, los resultados fueron consistentes: menor conocimiento de VCH se asoció con menor probabilidad de valorar la conducta como grave ($OR=0.59$, $p<.001$), lo mismo que los hombres frente a las mujeres ($OR=0.44$, $p<.001$) y las personas no religiosas frente a las religiosas ($OR=0.55$, $p<.001$). En contraste, el alumnado de Derecho/Criminología mostró una mayor probabilidad de percibir la conducta como grave ($OR=1.59$, $p<.001$).

Respecto al apoyo a la intervención policial, tanto el escaso conocimiento sobre VCH ($OR=0.71$, $p<.001$) como ser hombre ($OR=0.70$, $p<.001$) redujeron la probabilidad de respaldar la intervención policial. Además, los estudiantes nacidos fuera de España mostraron mayor propensión a apoyarla ($OR=1.40$, $p=.008$).

En relación con la sanción percibida como más adecuada, el menor conocimiento de VCH aumentó la probabilidad de optar por consecuencias jurídicas menos severas ($OR=1.37$, $p<.001$), al igual que los hombres frente a las mujeres, aunque con menor intensidad ($OR=1.16$, $p=.045$).

⁵⁴ Los resultados completos de las regresiones realizadas pueden consultarse en <https://doi.org/10.34810/data2693> (CORA.Repositori de Dades de Recerca).

Tabla IV. Resumen de predictores significativos

Pregunta / Escenario	Escenario 1	Escenario 2	Escenario 3
¿La conducta es delictiva?	Bajo conocimiento (-37%) Género-hombre (-41%) No religiosos (-32%)	Bajo conocimiento (-27%) Formación Derecho/Crim (+29%)	Bajo conocimiento (-34%) Género-hombre (-15%) Formación Derecho/Crim (+44%)
¿La conducta es grave?	Bajo conocimiento (-41%) Género-hombre (-56%) No religiosos (-45%) Formación Derecho/Crim (+59%)	Bajo conocimiento (-30%) Género-hombre (-19%) No religioso (-25%), Formación Derecho/Crim (+45%)	Bajo conocimiento (-30%) Género-hombre (-29%) No religioso (-28%) Formación Derecho/Crim (+60%)
¿Debe intervenir la policía?	Bajo conocimiento (-29%) Género-hombre (-30%) Nacimiento fuera de España (+40%)	Bajo conocimiento (-30%) Victimización previa (-15%)	Bajo conocimiento (-33%) Formación Derecho/Crim (+19%) Victimización previa (-15%)†
Tipo de sanción percibida	Bajo conocimiento → sanciones más leves (+37%) Género-hombre → más leves (+16%)	Bajo conocimiento → más leves (+37%) Victimización previa → más leves (+18%)	Bajo conocimiento → más leves (+41%) Nacimiento fuera de España → más severas (+37%)
Necesidad de mediación	Género-hombres (+26%)†	Formación Derecho/Crim (+)†	No variables significativas
Cambio de actitud si la madre es autora	Género-hombres → menos cambio (+295%) Victimización previa → más cambio (+61%)	Género-hombres → menos cambio (+129%) No religioso → menos cambio (+63%)	Género-hombres → menos cambio (+138%) No religioso → menos cambio (+67%) Formación Derecho/Crim → menos cambio (+55%)†

Fuente: Elaboración propia.

Notas:

(-) Disminuye la probabilidad del resultado.

(+) Aumenta la probabilidad del resultado.

† Indica tendencia estadística ($0.05 < p < 0.10$).

Todos los demás efectos son significativos a $p < .05$

El modelo relativo a la mediación no alcanzó significación global ($p=.085$). Sin embargo, los hombres mostraron mayor probabilidad de mostrarse favorables a esta opción ($OR=1.26$, $p=.002$), mientras que el resto de covariables no resultaron significativas.

Finalmente, el modelo binario sobre si cambiaría la respuesta en caso de que la agresora fuese la madre reveló un fuerte desequilibrio en la distribución de respuestas (97,5% “No”). Pese a ello, los hombres mostraron una probabilidad significativamente mayor de responder “No” ($OR=3.95$, $p<.001$), mientras que quienes habían sufrido victimización previa presentaron una mayor disposición a cambiar su criterio ($OR=0.39$, $p<.001$).

En el Escenario 2, los modelos de regresión identificaron patrones en parte consistentes con los hallazgos del Escenario 1, aunque con menor magnitud de efectos. En relación con la consideración de la conducta como delito, el menor conocimiento de manifestaciones de VCH redujo la probabilidad de clasificar la conducta como tal ($OR=0.73$, $p<.001$). La formación en Derecho/Criminología incrementó la probabilidad de reconocer la conducta como delito ($OR=1.29$, $p<.001$), mientras que el género, la religiosidad, la lengua materna, la provincia de estudio, el lugar de nacimiento y la victimización previa no mostraron asociaciones significativas ($p>.05$).

En cuanto a la percepción de gravedad, los predictores resultaron más sólidos. El bajo conocimiento de VCH redujo la probabilidad de considerar la conducta como grave ($OR=0.70$, $p<.001$). Ser hombre también disminuyó la probabilidad de calificarla como grave ($OR=0.81$, $p=.009$), mientras que el alumnado de Derecho/Criminología la incrementó ($OR=1.45$, $p<.001$). Asimismo, las personas no religiosas mostraron menor propensión a percibir gravedad ($OR=0.75$, $p<.001$). Otras variables no alcanzaron significación.

Respecto al apoyo a la intervención policial, el menor conocimiento de VCH se asoció con una probabilidad reducida de respaldar dicha intervención ($OR=0.70$, $p<.001$). La victimización previa también se vinculó con menor apoyo ($OR=0.85$, $p=.043$). No obstante, género, religiosidad y formación universitaria no presentaron efectos significativos en este modelo ($p>.05$).

En relación con la sanción percibida como más adecuada, el bajo conocimiento de VCH aumentó la probabilidad de optar por sanciones más leves ($OR=1.37$, $p<.001$). Además, haber sufrido victimización previa también se asoció con una mayor probabilidad de seleccionar consecuencias menos punitivas ($OR=1.18$, $p=.046$). El resto de predictores no mostraron diferencias con relevancia estadística.

El modelo relativo a la opinión respecto al uso de la mediación no resultó significativo en su conjunto ($p=.332$). Ninguna de las variables alcanzó niveles robustos de significación estadística (todas $p>.05$), si bien se observaron tendencias débiles en la dirección de un mayor apoyo entre estudiantes de Derecho/Criminología y por parte de los hombres.

Por último, en el modelo binario sobre si cambiaría la respuesta si la conducta la hubiera cometido la madre, el ajuste global del modelo fue significativo ($\chi^2=27.8$, $p<.001$). Los hombres presentaron mayor probabilidad de responder que no cambiarían su criterio ($OR=2.29$, $p<.001$), al igual que las personas no religiosas ($OR=1.63$, $p=.032$). Las demás covariables no mostraron diferencias estadísticamente relevantes.

En el Escenario 3, los modelos de regresión mantuvieron asociaciones claras entre conocimiento de VCH, género y formación universitaria con la categorización de la conducta y las actitudes de respuesta institucional, mientras que la religiosidad perdió peso en algunos indicadores.

En relación con la consideración de la conducta como delito, el bajo conocimiento de manifestaciones de VCH redujo significativamente la probabilidad de clasificar la conducta como delictiva ($OR=0.66$, $p<.001$). Los hombres también mostraron menor probabilidad de reconocerla como delito ($OR=0.85$, $p=.028$). Por su parte, el alumnado de Derecho/Criminología se asoció con una mayor probabilidad de calificar la conducta como delito ($OR=1.44$, $p<.001$). El resto de predictores no alcanzaron significación estadística.

Respecto a la percepción de gravedad, los efectos fueron aún más marcados. El menor conocimiento de VCH redujo la probabilidad de valorar la conducta como grave ($OR=0.70$, $p<.001$), y los hombres mostraron de manera consistente menor reconocimiento de gravedad ($OR=0.71$, $p<.001$). El alumnado de Derecho/Criminología, en cambio, incrementó notablemente la probabilidad de percibir la conducta como grave ($OR=1.60$, $p<.001$). La ausencia de religiosidad también redujo la probabilidad de percibir gravedad ($OR=0.72$, $p<.001$).

En cuanto al apoyo a la intervención policial, la falta de conocimiento de VCH se vinculó con menor respaldo a la intervención ($OR=0.67$, $p<.001$). Estudiar Derecho/Criminología incrementó la probabilidad de apoyo policial ($OR=1.19$, $p=.018$). El resto de predictores no mostró efectos relevantes, aunque la victimización previa se acercó a la significación estadística ($OR=0.85$, $p=.053$) de modo que haber sufrido victimización previa reduce la probabilidad de apoyar la intervención policial.

En el caso de la sanción preferida, el menor conocimiento de VCH volvió a relacionarse con una mayor probabilidad de elegir sanciones más leves ($OR=1.41$, $p<.001$). También se observó que los encuestados no nacidos en España mostraban una mayor probabilidad de apoyar sanciones más severas ($OR=1.37$, $p=.006$). El resto de las variables no alcanzó significación estadística.

El modelo relativo a la mediación no resultó significativo en su conjunto ($p=.711$). Ninguna variable alcanzó niveles de significación (todas $p>.05$).

Por último, en el modelo binario sobre si cambiaría la respuesta si la conducta hubiera sido cometida por la madre, el ajuste global del modelo fue significativo ($\chi^2=36.0$, $p<.001$). Los hombres presentaron mayor probabilidad de mantener su criterio sin cambios ($OR=2.38$, $p<.001$), al igual que las personas no religiosas ($OR=1.67$, $p=.019$). Asimismo, el alumnado de Derecho/Criminología mostró una tendencia hacia una mayor probabilidad de no cambiar la respuesta, aunque sin alcanzar significación convencional ($OR=1.55$, $p=.080$).

4. Discusión

El objetivo general de esta investigación consistía en desentrañar la opinión de un grupo de población joven europea acerca de la respuesta jurídica adecuada que merecen diversas manifestaciones de la VCH, midiendo la influencia que en dicha opinión tienen diversas variables sociodemográficas, así como la situacional consistente en haber sido víctima de VCH y la cognitiva, relativa al nivel de conocimiento sobre esta forma de violencia. Los resultados muestran que estas conductas se consideran casi ecuanímente como graves, con

independencia de quien las cometa y que, aunque deben ser consideradas como delitos, no deben comportar por lo general la imposición de penas de prisión, sino respuestas jurídicas de corte victimocéntrico, tímidamente favorables al recurso a mecanismos de justicia restaurativa. Son relevantes para explicar estas opiniones, cualquiera que sea el tipo de escenario analizado, variables sociodemográficas como el género, el tipo de formación recibida y el conocimiento que se tiene del concepto de VCH. Lo son en menor medida variables sociodemográficas como la religiosidad, así como haber sido previamente víctima de VCH, y, aun menos, la procedencia. No tiene relevancia, sin embargo, el ámbito residencial de estudio rural o urbano del entrevistado. Esto último representa cierto distanciamiento de anteriores investigaciones que vinculan la indulgencia con la VCH con variables como una crianza conducida por adultos con escasa formación, más propia de ámbitos tradicionales rurales⁵⁵, o desenvolverse vitalmente en zonas rurales⁵⁶, lo que puede explicarse por la neutralización del efecto sobre la zona residencial habitual en una sociedad altamente tecnificada e interconectada como la Europea occidental. A continuación, se expone con mayor detalle la discusión sobre los resultados obtenidos atendiendo a las variables con influjo en la forma cómo se percibe la VCH y en la respuesta que se considera que se le debe ofrecer.

4.1. Gravedad percibida de las conductas

La investigación muestra que la población encuestada considera en todo caso graves las manifestaciones de VCH por las que se preguntaba, tanto si se trata de VF-MF (escenario 1), de VP-privación de libertad (escenario 2) como de VP- comportamiento controlador (escenario 3). Incluso en el escenario 3, que podría considerarse la forma de VCH más sutil con la que se confrontó a la muestra, el 81% de los encuestados entendieron que la conducta debía considerarse grave. Esto confirma lo que investigación anterior había puesto de manifiesto, evidenciando un nivel de tolerancia más bajo hacia este tipo de violencia en muestras de población occidental joven al compararlas con otras procedentes de las denominadas culturas del honor⁵⁷.

La opinión acerca de la gravedad está claramente permeada por el género de la persona entrevistada, el tipo de formación recibido y conocimiento previo de la VCH, así como la religiosidad. Que las mujeres perciban en mayor medida que los hombres encuestados la gravedad de estas conductas en cualquiera de los tres escenarios analizados confirma lo que investigaciones anteriores habían evidenciado respecto de manifestaciones más graves de la VCH en relación con el género⁵⁸, aunque aquí no podemos afirmar que las opiniones se hallen

⁵⁵ EISNER/GHUNIEM, *Aggressive Behaviour*, vol. 39, núm. 5, 2013, pp. 405-417; KAYA/TURAN, *Connectist: Istanbul University Journal of Communication Sciences*, núm. 54, 2018, pp. 65-84.

⁵⁶ YEŞİLÇİÇEK ÇALIK, *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 33, núm. 20, 2018, pp. 3232-3254.

⁵⁷ CAFFARO/FERRARIS/SCHMIDT, *Sex Roles*, vol. 71, 2014, pp. 296-318; CAFFARO/MULAS/SCHMIDT, *Sex Roles*, vol. 75, núm. 11-12, 2016, pp. 555-572; CIHANGIR, *Group Processes & Intergroup Relations*, vol. 16, núm. 3, 2012, pp. 319-333; GUL/SCHUSTER, *Aggressive Behavior*, vol. 46, núm. 4, 2020, pp. 341-353; RODRÍGUEZ-ESPARTAL/LÓPEZ-ZAFRA, *Psicología Jurídica. Áreas de Investigación*, pp. 112-125; VANDELLO/COHEN/GRANDON/FRANIUK, *Journal of Cross-Cultural Psychology*, vol. 40, núm. 1, 2009, pp. 81-104.

⁵⁸ CAFFARO/FERRARIS/SCHMIDT, *Sex Roles*, vol. 71, 2014, pp. 296-318; CAFFARO/MULAS/SCHMIDT, *Sex Roles*, vol. 75, núm. 11-12, 2016, pp. 555-572; CIHANGIR, *Group Processes & Intergroup Relations*, vol. 16, núm. 3, 2012, pp. 319 ss.; GILL/HARVEY, *Feminist Criminology*, vol. 12, núm. 1, 2016, pp. 72 ss.; GLICK/SAKALLI-UĞURLU/AKBAŞ/ORTA/CEYLAN, *Sex Roles: A Journal of Research*, vol. 75, núm. 11-12, 2016, pp. 543-554; KAYA/TURAN, *Connectist: Istanbul University Journal of Communication Sciences*, núm. 54, 2018, pp. 65 ss.; KHAN/SALEEM/LOWE,

mediatizadas por razones culturales o por el apego a roles tradicionales de género, como se deduce de anteriores investigaciones⁵⁹. Que los estudiantes de Derecho y Criminología, junto a quienes tienen conocimiento previo sobre manifestaciones de VCH, perciban este tipo de conductas como más graves, resulta consistente con la literatura que vincula la indulgencia hacia la VCH con la escasa formación académica⁶⁰. Esto porque, aun siendo cierto que todos los integrantes de la muestra tienen formación académica superior, son precisamente aquellos que cursan estudios universitarios que, por especialidad, pueden tener mayor grado de conocimiento de este tipo de procesos, junto a quienes se ha demostrado que, efectivamente, conocen varias manifestaciones de la VCH, quienes tienen más consciencia de la gravedad de estas conductas. El hallazgo es además consistente con la literatura que indica que quienes en sus estudios universitarios abordan el estudio de conductas violentas son más conscientes de su gravedad⁶¹. Finalmente, que las personas encuestadas no religiosas sean menos conscientes de la gravedad de estas conductas que las que declaran ser religiosas no resulta acorde con la literatura que indica que la indulgencia hacia la VCH viene explicada por la religiosidad y el extremismo⁶², a no ser que tengamos en cuenta que en este estudio declararse religioso no significa necesariamente tener una religiosidad fuerte, circunstancia que es precisamente la que se ha vinculado con la minimización de la VCH.

La consideración de estas conductas como graves, por lo demás, no depende de que sea el padre o la madre de la víctima quien directamente ejerza la violencia, puesto que en los tres escenarios el porcentaje de las personas encuestadas que consideraron que habría alguna diferencia en función de quién fuese el sujeto activo apenas alcanzaron el 3%. De ahí puede inferirse que la muestra percibe como igualmente responsables de VCH a hombres y mujeres, lo que resulta acorde con la consideración de esta forma de violencia como agresión comunitaria o familiar que implica personas de diversos sexos⁶³. Con todo, se observa que son más los hombres y las personas no religiosas quienes tienden a pensar que la gravedad no cambia en función de quien sea el sujeto activo, no así quienes han sido víctimas de VCH, lo que puede explicarse porque el grupo de víctimas es más consciente de las dinámicas de estas formas de victimización y de los

Safer Communities, vol. 17, núm. 1, 2018, pp. 11 ss.; EISNER/GHUNIEM, *Aggressive Behaviour*, vol. 39, núm. 5, 2013, pp. 405-417; HUDA/KAMAL, *Pakistan Journal of Psychological Research*, vol. 35, núm. 2, 2020, pp. 227 ss.

⁵⁹ HUDA/KAMAL, *Pakistan Journal of Psychological Research*, vol. 35, núm. 2, 2020, pp. 227-251.

⁶⁰ CIHANGIR, *Group Processes & Intergroup Relations*, vol. 16, núm. 3, 2012, pp. 319-33; KAYA/TURAN, *Connectist: Istanbul University Journal of Communication Sciences*, núm. 54, 2018, pp. 65-84; LÓPEZ-ZAFRA/RODRÍGUEZ-ESPARTAL, *Boletín de Psicología*, núm. 94, 2008, pp. 7-22.

⁶¹ DIÉGUEZ MÉNDEZ/MARTÍNEZ-SILVA/MEDRANO VARELA/RODRÍGUEZ-CALVO, «Creencias y actitudes del alumnado universitario hacia la violencia de género», *Educación Médica*, vol. 21, núm. 1, 2020, pp. 3-10; HANCOCK, «Major Blame: Examining Male Rape Myth Acceptance across College Majors», *Journal of Criminal Justice Education*, vol. 32, núm. 1, 2021, pp. 108-125.

⁶² EISNER/GHUNIEM, *Aggressive Behaviour*, vol. 39, núm. 5, 2013, pp. 405-417; HUDA/KAMAL, *Pakistan Journal of Psychological Research*, vol. 35, núm. 2, 2020, pp. 227-251; CEYLAN-BATUR/SAKALLI/GUNARATNE, *Current Psychology*, vol. 42, núm. 12, 2023, pp. 9720-9733.

⁶³ BEGIKHANI/GILL/HAGUE, *Honour-Based Violence. Experiences and Counter-Strategies in Iraqi Kurdistan and the UK Kurdish Diaspora*, pp. 1-202; DORJEE/BAIG/TING-TOOMEY, «A Social Ecological Perspective on Understanding “Honor Killing”: An Intercultural Moral Dilemma», *Journal of Intercultural Communication Research*, vol. 42, núm. 1, 2012, pp. 1-21; EISNER/GHUNIEM, *Aggressive Behaviour*, vol. 39, núm. 5, 2013, pp. 405 ss.; GILL, en *Honour, Violence, Women and Islam*, pp. 218-229; HMIC, *The depths of dishonour: Hidden voices and shameful crimes. An inspection of the police response to honour-based violence, forced marriage and female genital mutilation*, pp. 20 ss.; THOMAS/PARK/ELLINGEN/ELLISON/MENATEAU/YOUNG, *Developing Legislation on Violence against Women and Girls*, 2011; PAYTON, *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 29, núm. 16, 2014, pp. 2863-2883; VILLACAMPA, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 43, 2023, pp. 1 ss.

diversos roles, dominantes o subalternos, respectivamente, que en ellas desempeñan hombres y mujeres.

La gravedad percibida de todas las conductas se traduce en la consideración mayoritaria de que deben tener relevancia como delito, si bien aquí la opinión es menos ecuaníme. La amplísima mayoría con la que se acepta que los matrimonios forzados deben ser delito, no solo no se observa en la conducta más sutil por la que se pregunta, la correspondiente al escenario 3, sino que tampoco se percibe al valorar situaciones en que se priva de libertad y se prohíben comunicaciones como forma de evitar el deshonor familiar. Tratándose estas últimas de conductas que, desde el punto de vista de la afectación a los derechos fundamentales, pueden ser tan invasivas como los matrimonios forzados, es probable que la diferencia de percepción sobre la necesidad de incriminarlas se deba a que estos constituyen una de las manifestaciones de VCH que más se ha visibilizado en occidente⁶⁴, lo que puede explicar una mayor concienciación social acerca de los mismos, así como de la necesidad de incriminarlos.

De nuevo, variables como el género de la persona entrevistada, el tipo de formación recibida y conocimiento previo de la VCH y, en menor medida, la religiosidad modulan las opiniones expresadas. De manera que los hombres, quienes tienen formación universitaria no orientada a la adquisición de conocimiento sobre esta forma de violencia, quienes no están familiarizados con sus diversas manifestaciones y, por tanto, no la conocen, y quienes no son religiosos tienden a considerar en menor medida que las conductas por las que se preguntaba deban ser constitutivas de delito. Aquí las conclusiones que arroja el estudio apenas difieren expresadas al hilo de la valoración sobre la gravedad de la VCH, por lo que nos remitimos a lo allí indicado.

4.2. Respuesta institucional considerada adecuada

Pese a la gravedad percibida en todos los casos, no puede decirse que, en términos generales, la muestra mantenga con carácter general una actitud punitivista respecto a la forma en que debe intervenir con estos y la respuesta jurídica que debe ofrecérseles, aun cuando, consecuentemente con lo ya subrayado, se es más reactivo en los supuestos de matrimonios forzados que en los otros dos supuestos. En cuanto a la forma de afrontarlos, la muestra solo considera de forma claramente mayoritaria que debe intervenir la policía en el escenario 1 -matrimonio forzado-, mostrándose menos favorable a que lo haga en caso de encierro con prohibición de comunicación -escenario 2- o en el recurso al comportamiento controlador -escenario 3-.

Son de nuevo las variables género, formación recibida, haber sido víctima de VCH y conocimiento previo las que tienen más relevancia para explicar sus opiniones. Que los hombres sean menos partidarios que las mujeres de recurrir a la policía es consistente con los resultados ya comentados y con lo que se deduce de la literatura citada. Del mismo modo que resulta coherente con la mayor gravedad percibida de estas conductas que quienes tienen estudios universitarios que les ofrecen formación específica sobre comportamientos violentos y quienes directamente conocen manifestaciones de la VCH sean también más partidarios de la necesidad de que

⁶⁴ CHANTLER/MCCARRY, *Violence Against Women*, vol. 26, núm. 1, 2020, pp. 89-109; GILL/HARVEY, *Feminist Criminology*, vol. 12, núm. 1, 2016, pp. 72-100; IDRIS, *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 37, núm. 13-14, 2022, pp. 1 ss.; RIGONI, *Honour-Based Violence and Forced Marriages. Community and Restorative Practices in Europe*, pp. 3 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE/PINILLA PÉREZ, *InDret*, núm. 1, 2025, pp. 331 ss.

intervenga la policía. En este caso, sostener esta necesidad por parte de las personas más formadas no debería leerse en clave fundamentalmente punitivista, a la vista de las opiniones vertidas sobre el tipo de sanción más adecuada, como después se verá, sino quizá como apuesta en favor de una respuesta institucional claramente formalizada. En todo caso, la indefinición de estos resultados no difiere de lo evidenciado por la literatura existente, que ni confirma ni desmiente el hipotetizado mayor punitivismo de los estudiantes familiarizados con la justicia penal frente a otros universitarios para afrontar diversas formas de violencia contra las mujeres⁶⁵.

Resulta llamativo, respecto de la intervención policial, que la procedencia desempeña un papel más modulado que otras variables, pero indudable en el sentido de que los nacidos fuera de España muestran más apoyo a dicha actuación que los nacidos en el país. Dicho resultado apunta en sentido diverso al de anteriores investigaciones que indican que las muestras poblacionales obtenidas en el seno de las llamadas “culturas del honor” son más indulgentes con la VCH que las occidentales⁶⁶. Como posible factor explicativo a esta supuesta contradicción puede apuntarse que la asimilación cultural o al sistema de valores de la sociedad de llegada que produce haber sido académicamente formado en la Europa occidental puede tener más peso que los orígenes familiares, sobre todo en personas con educación superior. Con todo, este hallazgo apunta a la relevancia que puede tener la intervención de agentes puente entre culturas y entre comunidades para reforzar una visión crítica hacia la VCH.

También resulta relevante que haber sido víctima de VCH tenga como efecto el menor apoyo a la intervención policial. Tal hallazgo es consistente con la literatura que pone de manifiesto que las víctimas pueden tener cierto rechazo a la intervención policial, sobre todo si han experimentado ineficacia policial o se han sentido maltratadas⁶⁷. Sin embargo, dado que las victimizaciones por VCH de las personas integrantes de la muestra son de carácter sutil, siendo así poco probable que hayan sido policialmente abordadas, es más plausible que estas opiniones puedan basarse en las actitudes incluso menos punitivas atribuidas a las víctimas que a las no víctimas en literatura reciente⁶⁸. Además, atendidas las características del tipo de violencia que nos ocupa, es posible que el involucramiento familiar en su producción pueda hacer a las víctimas más reacias a apoyar una respuesta institucional de tipo formalizado vinculada a la operativa de la justicia tradicional acompañada de intervención policial.

⁶⁵ COSTELLOE/ARAZAN/STENGER, «Assessing the effect of social science education on punitive attitudes», *Journal of Social Science Education*, vol. 17, núm. 3, 2018, pp. 87-99; HAMMOND/KNOŠKOVÁ/WALLACE/FIDO, «A comparative analysis of public educational needs in the rehabilitative care of individuals who have committed serious criminal offences: A cross-cultural study», *Forensic Science International: Mind and Law*, vol. 5, 2024, p. 100130; KUEHN/RIDENER/SCOTT, «Do criminology classes make a difference? Changes in perceptions of punishment over time», *Journal of Criminal Justice Education*, vol. 29, núm. 1, 2018, pp. 1-17.

⁶⁶ CAFFARO/MULAS/SCHMIDT, *Sex Roles*, vol. 75, núm. 11-12, 2016, pp. 555-572; CİHANGİR, *Group Processes & Intergroup Relations*, vol. 16, núm. 3, 2012, pp. 319 ss.; GUL/SCHUSTER, *Aggressive Behavior*, vol. 46, núm. 4, 2020, pp. 341-353; RODRÍGUEZ-ESPARTAL/LÓPEZ-ZAFRA, *Psicología Jurídica. Áreas de Investigación*, pp. 112-125.

⁶⁷ BOLGER/LYTLE/BOLGER/RODRIGUEZ, «What matters in citizen satisfaction with police: A meta-analysis», *Journal of Criminal Justice*, vol. 72, 2021, pp. 1-10; XIE/ORTIZ SOLIS/CHAUHAN, «Declining trends in crime reporting and victims' trust of police in the United States and major metropolitan areas in the 21st century», *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 40, núm. 1, 2024, pp. 138-171.

⁶⁸ HECHLER/SHNABEL/ULLRICH/NADLER, «Not revenge, but change is sweet: Experimental evidence of conditions under which punishment increases victims' justice-related satisfaction», *British Journal of Social Psychology*, vol. 62, núm. 4, 2023, pp. 1997-2018; RICHARDS/DEATH/CHATAWAY/EMZIN/RONKEN/CHAPMAN, «The views of victim/survivors of sexual violence about perpetrator post-release measures», *Criminal Justice Studies*, vol. 36, núm. 4, 2023, pp. 418-437.

Finalmente, respecto de la respuesta jurídica considerada adecuada, en ninguno de los tres escenarios planteados ha resultado mayoritaria la selección de la pena de prisión, cualquiera que sea su duración, como tal, ni siquiera se plantea el recurso mayoritario a la respuesta penal como el más adecuado en todos los casos. El tipo de sanción mayoritariamente seleccionado tiene contenido claramente victimocéntrico, pues, o bien se plantea que consista en la prohibición de aproximación y comunicación entre autor y víctima a adoptar por un juez penal que podría comportar prisión solo en caso de incumplimiento, o bien que dicha medida de alejamiento sea adoptada directamente en la jurisdicción civil. También muestra una clara orientación victimocéntrica en la opinión vertida acerca de las respuestas que debe ofrecerse a estas manifestaciones de la VCH el apoyo mayoritario al recurso a la mediación y, por tanto, a formas de justicia restaurativa en lugar de retributiva para afrontar estas conductas en los tres escenarios analizados, aun cuando en menor medida en los casos de matrimonios forzados.

La variable sociodemográfica que modula la respuesta sobre el tipo de sanción a imponer es sobre todo el conocimiento de formas de VCH -a menor conocimiento, menor defensa de la gravedad de la sanción-, no así el tipo de formación recibido, por lo que, como se ha indicado, no cabe afirmar que los estudiantes de Derecho y Criminología sean más punitivistas. También son relevantes, en menor medida, el género -siendo los hombres partidarios de sanciones más leves-, la procedencia -pues en algunos supuestos los nacidos fuera de España tienden a considerar adecuadas sanciones más graves que los nacidos aquí-, lo que resulta acorde con que defiendan en mayor medida la intervención policial, y haber sido víctima de VCH, en sentido contrario, esto es, para defender que las sanciones sean menos graves. De nuevo, este último hallazgo se alinea con los de literatura que atribuye actitudes menos punitivas a las víctimas que a las no víctimas⁶⁹. Con todo, la actitud menos punitiva de quienes padecieron VCH tampoco puede decirse que haya sido aquí determinante para apoyar la implementación de mecanismos de justicia restaurativa, pese a los beneficios que se le atribuyen a este paradigma de la justicia para afrontar algunos supuestos de VCH⁷⁰. Esto porque las únicas variables que han mostrado cierta relevancia, que no significación, para apoyar el recurso a la mediación han sido el género y el tipo de formación recibida. Tal hallazgo, con no ser del todo acorde, no puede decirse que contradiga la literatura que pone de manifiesto la mayor satisfacción de las víctimas con la justicia restaurativa que con la tradicional o retributiva⁷¹, pues se desconoce si las de esta muestra habían entrado en contacto con el sistema de justicia penal.

En todo caso, la opinión mayoritaria de la muestra, al considerar graves estas conductas al tiempo que se defiende, en mayor medida por las víctimas, que la respuesta institucional sea más victimocéntrica o protectora de las víctimas, incluso en el tipo de sanciones consideradas apropiadas, que punitiva, resulta acorde con la aproximación a la violencia contra las mujeres adoptada por el Convenio de Estambul y después por la Directiva (UE) 2024/1385 UE. La opinión de la población entrevistada se alinea así con los cuatro pilares sobre los que debe edificarse la

⁶⁹ HECHLER/SHNABEL/ULLRICH/NADLER, *British Journal of Social Psychology*, vol. 62, núm. 4, 2023, pp. 1997-2018; RICHARDS/DEATH/CHATAWAY/EMZIN/RONKEN/CHAPMAN, *Criminal Justice Studies*, vol. 36, núm. 4, 2023, pp. 418 ss.

⁷⁰ RIGONI, *Honour-Based Violence and Forced Marriages. Community and Restorative Practices in Europe*, pp. 3 ss.

⁷¹ MURHULA/TOLLA, «The Effectiveness of Restorative Justice Practices on Victims of Crime: Evidence from South Africa», *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, vol. 10, núm. 1, 2021, pp. 98-110; VAN MASTRIGT/STRANG/SHERMAN/WELLNITZ/GADE, «Victim and offender ratings of mediations and restorative justice conferences: findings from a Danish randomized controlled trial», *Victims & Offenders*, 2024, pp. 1-31; WEMMERS/PARENT/LACHANCE QUIRION, «Restoring Victims' Confidence: Victim-Centred Restorative Practices», *International Review of Victimology*, vol. 29, núm. 3, 2022, pp. 466-486.

respuesta institucional frente a cualquier manifestación de violencia contra las mujeres, la VCH entre ellas, de acuerdo con los instrumentos jurídico-internacionales más contemporáneos. Junto a esto, no parece que las opiniones de los encuestados secunden muestras de posiciones más punitivas, como las que podría considerarse que se reflejan al demandar una agravación en la violencia ejercida para preservar el honor o al establecer límites al recurso a la justicia restaurativa que vayan más allá de prohibir su imposición obligatoria, de acuerdo con el art. 48 del Convenio de Estambul. Los resultados de esta investigación no pueden considerarse abiertamente contrarios a la previsión de agravaciones específicas para delitos cometidos por causa de honor, puesto que esta posibilidad no fue objeto concreto de análisis, pero sí a la previsión de limitaciones al recurso voluntario a mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

4.3. Limitaciones, implicaciones y futuras líneas de actuación

El estudio que aquí se presenta adolece de ciertas limitaciones que deben conducir a interpretar con cautela los resultados. En primer término, el recurso a una muestra poblacional universitaria para conocer las percepciones sociales sobre la respuesta jurídica adecuada a la VCH puede no considerarse representativa de toda la población joven⁷², primero por obedecer a un criterio de selección intencional; segundo, porque los estudiantes universitarios acostumbran a proceder de familias con mayor estatus socioeconómico, comportando un posible sesgo económico y, en todo caso, formativo⁷³. Además, la muestra procede del noreste español, que puede presentar singularidades de percepción en relación con muestras poblacionales de otros países europeos o incluso del sur del país.

Metodológicamente, no se ha realizado un diseño factorial de los casos-escenario, de manera que las variables no han podido ser manipuladas experimentalmente, y los casos no se han presentado aleatoriamente, lo que puede haber comportado que las respuestas de las personas encuestadas, como consecuencia de un eventual efecto halo⁷⁴, muestren sesgos derivados de la búsqueda de consistencia en las respuestas.

Con todo, los resultados obtenidos permiten apelar a algunas posibles líneas de actuación futura. La gravedad percibida de las manifestaciones de la VCH de tipo más sutil que han constituido objeto de este estudio está muy vinculada al conocimiento sobre esta categoría de la violencia y al género de quien se aproxima a ella. De futuro, debería incidirse en analizar la percepción de estas conductas entre capas poblacionales más amplias que permitiesen diseñar estrategias actuación de amplio espectro. Por el momento, en lo que al colectivo integrante de la muestra se refiere, los resultados apuntan a que debe incidirse en la formación, académica en aquellas titulaciones donde sea factible y extracurricular en las que no lo sea, acerca de esta realidad como una manifestación más de la violencia contra las mujeres, evitando culpabilizar y otrizar a determinadas culturas. Dicha formación debería extenderse a colectivos de población joven no universitaria, aumentando la concienciación social en este grupo poblacional, sin renunciar a

⁷² EISNER/GHUNIEM, *Aggressive Behaviour*, vol. 39, núm. 5, 2013, pp. 405-417; VANDELLO/COHEN, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 84, núm. 5, 2003, pp. 997 ss.; YEŞİLÇİÇEK ÇALIK, *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 33, núm. 20, 2018, pp. 3232-3254.

⁷³ CAFFARO/MULAS/SCHMIDT, *Sex Roles*, vol. 75, núm. 11-12, 2016, pp. 555-572; GLICK/SAKALLI-UĞURLU/AKBAŞ/ORTA/CEYLAN, *Sex Roles: A Journal of Research*, vol. 75, núm. 11-12, 2016, pp. 543-554.

⁷⁴ AVIRAM, «What Would You Do? Conducting Web-Based Factorial Vignette Surveys», en GIDEON (ed.), *Handbook of Survey Methodology for the Social Sciences*, Springer, Nova York, 2012, pp. 463-473.

formar a los adultos más mayores, para facilitar la prevención, la detección de estas conductas y favorecer la rápida intervención. Los hombres, en mayor medida que las mujeres, deben ser objetivo de las actividades de formación y concienciación que se articulen.

Pese a considerarse graves las conductas por las que se pregunta, las respuestas ofrecidas denotan que la aproximación institucional considerada adecuada a la VCH, también mediatizada por el mejor conocimiento de esta realidad y por el hecho de haberla padecido, es más victimocéntrica que criminocéntrica. De futuro, de nuevo sería relevante analizar qué tipo de respuestas consideran adecuadas a la VCH muestras poblacionales más amplias y representativas en las que basar la formulación de propuestas de intervención que gocen de aceptación de los sujetos a quienes se dirigen. También resultaría interesante conocer las razones en favor o en contra de la intervención policial, de la imposición de penas de prisión o del recurso a mecanismos de justicia restaurativa en estos casos. Por el momento, el delineamiento de estrategias de intervención acordes con los resultados aquí obtenidos pasaría por diseños normativos basados en la previsión de sanciones orientadas a la protección victimal más que a la reclusión del ofensor, sin renunciar a la posibilidad de derivar los casos a mecanismos de justicia restaurativa cuando se entienda procedente y sin renunciar a una intervención policial más proactiva que reactiva, más víctima-protectora que crimino-represiva.

5. Conclusión

Esta investigación sobre percepción de manifestaciones sutiles de VCH entre población joven universitaria del sur de Europa occidental muestra que es ampliamente percibida como grave, además de delictiva, en particular entre las mujeres y quienes tienen conocimiento y han adquirido formación en VCH. Pese a ello, las opiniones acerca de qué respuestas institucionales deben adoptarse se alejan de posicionamientos punitivistas y, sin renunciar a la necesidad de intervención policial, defienden que las consecuencias jurídicas se orienten a proteger a las víctimas, en línea con los cuatro pilares que informan el Convenio de Estambul, en particular entre quienes tienen más formación al respecto y quienes han padecido un proceso de victimización relacionado con la VCH.

Es necesaria investigación con muestras poblacionales más amplias y diversas que ofrezca más información sobre percepción social de la VCH que pueda contribuir al diseño de políticas públicas para afrontarla. De momento, de esta investigación se deduce que para incrementar la identificación de estos supuestos y la percepción de su trascendencia es necesaria formación en capas poblacionales jóvenes, dentro y fuera de la universidad, sobre todo entre los hombres. Junto a esto, sería adecuado afrontar estas formas de VCH previendo sanciones orientadas a la salvaguarda de la víctima, sin renunciar a la derivación a la justicia restaurativa y articulando una intervención policial en clave proactiva y victimocéntrica.

6. Bibliografía

ABJI, Shireen/KORTEWEG, Anna C., «“Honour”-based violence and the politics of culture in Canada: Advancing a cultural analysis of multiscalar violence», *International Journal of Child, Youth and Family Studies*, vol. 12, núm. 1, 2021, pp. 73-92. DOI: 10.18357/ijcyfs121202120084.

ABU-LUGHOD, Lila, «Seductions of the "Honor Crime"», *Difference*, 22(1), 2011, pp. 17-63. <https://doi.org/10.1215/10407391-1218238>.

ABU-LUGHOD, Lila, «Do Muslim women really need saving? Anthropological reflections on cultural relativism and its others», *American Anthropologist*, vol. 104, núm. 3, 2002, pp. 783-790.

ALIZADEH, Vajiheh/TÖRNKVIST, Lena/HYLANDER, Ingrid, «Counselling teenage girls on problems related to the “protection of family honour” from the perspective of school nurses and counsellors», *Health & Social Care in the Community*, vol. 19, núm. 5, 2011, pp. 476-484. DOI: 10.1111/j.1365-2524.2011.00993.x.

ASHOKKUMAR, Ashwini/SWANN, William B., Jr, «Restoring Honor by Slapping or Disowning the Daughter», *Personality & Social Psychology Bulletin*, 49(6), 2023, pp. 823-836. <https://doi.org/10.1177/01461672221079106>.

ASHRAF, Shazia/ABRAR-UL-HAQ, Muhammad/ASHRAF, Sajida, «Domestic Violence against Women: Empirical Evidence from Pakistan», *Petanika Journal of Social Sciences & Humanities*, vol. 25, núm. 3, 2017, pp. 1401-1418.

AVIRAM, Hadar, «What Would You Do? Conducting Web-Based Factorial Vignette Surveys», en GIDEON, Lior (ed.), *Handbook of Survey Methodology for the Social Sciences*, Springer, Nova York, 2012, pp. 463-473.

BAKER, Nancy V./GREGWARE, Peter R./CASSIDY, Margie A., «Family Killing Fields: Honor Rationales in the Murder of Women», *Violence Against Women*, vol. 5, núm. 2, 1999, pp. 164-184. DOI: 10.1177/107780129952005.

BALDRY, Anna C./PAGLIARO, Stefano/PORCARO, Chiara, «The rule of law at time of masculine honor: Afghan police attitudes and intimate partner violence», *Group Processes & Intergroup Relations*, vol. 16, núm. 3, 2013, pp. 363-374. DOI: 10.1177/1368430212462492.

BATES, Liz, «Honor-Based Abuse in England and Wales: Who does What to Whom?», *Violence Against Women*, vol. 27, núm. 10, 2021, pp. 1774-1795. DOI: 10.1177/1077801220952168.

BEGIKHANI, Nazand/GILL, Aisha K./HAGUE, Gill, *Honour-Based Violence. Experiences and Counter-Strategies in Iraqi Kurdistan and the UK Kurdish Diaspora*, Ashgate, Farnham, 2015.

BHANBHRO, Sadiq, «“Honour Crimes”», en ALI, Parveen/ROGERS, Michael M. (eds.), *Gender Based Violence. A Comprehensive Guide*, Springer, Suïssa, 2023, pp. 285-299.

BHANBHRO, Sadiq/CRONIN DE CHAVEZ, Ashley/LUSAMBILI, Agnes, «Honour based violence as public health problem: a critical review of literature», *International Journal of Human Rights in Healthcare*, vol. 9, núm. 3, 2016, pp. 198-215. DOI: 10.1108/IJHRH-10-2015-0032.

BREDAL, Anja, «Ordinary v. Other Violence? Conceptualising Honour-Based Violence in Scandinavian Public Policies», en GILL, Aisha K./STRANGE, Carolyn/ROBERTS, Katherine (eds.), *‘Honour’ Killing and Violence. Theory, Policy and Practice*, Palgrave Macmillan, Londres, 2014, pp. 135-155.

BOLGER, Megan A./LYTLE, Danielle/BOLGER, Patrick C./RODRIGUEZ, Nancy, «What matters in citizen satisfaction with police: A meta-analysis», *Journal of Criminal Justice*, vol. 72, 2021, pp. 1-10. DOI: 10.1016/j.jcrimjus.2021.101750.

CAFFARO, Federica/FERRARIS, Francesca/SCHMIDT, Silke, «Gender Differences in the Perception of Honour Killing in Individualist Versus Collectivistic Cultures: Comparison Between Italy and Turkey», *Sex Roles*, vol. 71, 2014, pp. 296-318. DOI: 10.1007/s11199-014-0413-5.

CAFFARO, Federica/MULAS, Cinzia/SCHMIDT, Silke, «The Perception of Honour-Related Violence in Female and Male University Students from Morocco, Cameroon and Italy», *Sex Roles*, vol. 75, núm. 11-12, 2016, pp. 555-572. DOI: 10.1007/s11199-015-0576-8.

CARBIN, Maria, «The requirement to speak: Victim stories in Swedish policies against honour-related violence», *Women's Studies International Forum*, vol. 46, 2014, pp. 107-114. DOI: 10.1016/j.wsif.2013.12.002.

CEYLAN-BATUR, Sümeyra/SAKALLI, Nursen/GUNARATNE, Sharmini, «Predictors of tolerating violence against women: honor concerns and fundamentalist religious orientation», *Current Psychology*, vol. 42, núm. 12, 2023, pp. 9720-9733. DOI: 10.1007/s12144-021-02276-4.

CHANTLER, Khatidja/MCCARRY, Melanie, «Forced Marriage, Coercive Control, and Conducive Contexts: The Experiences of Women in Scotland», *Violence Against Women*, vol. 26, núm. 1, 2020, pp. 89-109. DOI: 10.1177/1077801219830234.

CIHANGIR, Sevim, «Gender specific honor codes and cultural change», *Group Processes & Intergroup Relations*, vol. 16, núm. 3, 2012, pp. 319-333. DOI: 10.1177/1368430212463453.

COSTELLOE, Michael T./ARAZAN, Christopher/STENGER, Michael, «Assessing the effect of social science education on punitive attitudes», *Journal of Social Science Education*, vol. 17, núm. 3, 2018, pp. 87-99. DOI: 10.4119/jsse-883.

COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, Council of Europe Treaties Series, núm. 210, 2011.

COUTURE-CARRON, Annik, «Shame, Family Honor, and Dating Abuse: Lessons From an Exploratory Study of South Asian Muslims», *Violence Against Women*, vol. 26, núm. 15-16, 2020, pp. 2004-2023. DOI: 10.1177/1077801219895115.

DIÉGUEZ MÉNDEZ, Rocío/MARTÍNEZ-SILVA, Isabel M./MEDRANO VARELA, María/RODRÍGUEZ-CALVO, María S., «Creencias y actitudes del alumnado universitario hacia la violencia de género», *Educación Médica*, vol. 21, núm. 1, 2020, pp. 3-10.

DORJEE, Tsering/BAIG, Nadia/TING-TOOMEY, Stella, «A Social Ecological Perspective on Understanding "Honor Killing": An Intercultural Moral Dilemma», *Journal of Intercultural Communication Research*, vol. 42, núm. 1, 2012, pp. 1-21. DOI: 10.1080/17475759.2012.723024.

EISNER, Manuel/GHUNIEM, Lana, «Honour killing attitudes amongst adolescents in Amman, Jordan», *Aggressive Behaviour*, vol. 39, núm. 5, 2013, pp. 405-417. DOI: 10.1002/ab.21485.

ERTÜRK, Yakin, «Towards a Post-Patriarchal Gender Order: Confronting the Universality and the Particularity of Violence Against Women», *Sociologisk Forskning*, vol. 46, núm. 4, 2009, pp. 61-70.

GILL, Aisha K., «Introduction: “Honour” and “Honour”-Based Violence: Challenging Common Assumptions», en GILL, Aisha K./STRANGE, Carolyn/ROBERTS, Katherine (eds.), *‘Honour’ Killing and Violence. Theory, Policy and Practice*, Palgrave Macmillan, Londres, 2014, pp. 1-23.

GILL, Aisha K., «Reconfiguring “honour”-based violence as a form of gendered violence», en IDRIS, Mohammad Mazher/ABBAS, Tahir (eds.), *Honour, Violence, Women and Islam*, Routledge, Nova York, 2011, pp. 218-229.

GILL, Aisha K./ANITHA, Sundari, *Forced Marriage: Introducing a Social Justice and Human Rights Perspective*, Zed Books, Londres, 2011.

GILL, Aisha K./HARVEY, Hannah, «Examining the Impact of Gender on Young People’s Views of Forced Marriage in Britain», *Feminist Criminology*, vol. 12, núm. 1, 2016, pp. 72-100. DOI: 10.1177/1557085116644774.

GILL, Jasleen K., «Problematizing “Honour Crimes” within the Canadian Context: A Postcolonial Feminist Analysis of Popular Media and Political Discourses», *Societies*, vol. 12, núm. 2, 2022, p. 62. DOI: 10.3390/soc12020062.

GLICK, Peter/SAKALLI-UĞURLU, Nuray/AKBAŞ, Gül/ORTA, İbrahim M./CEYLAN, Sümeýra, «Why Do Women Endorse Honor Beliefs? Ambivalent Sexism and Religiosity as Predictors», *Sex Roles: A Journal of Research*, vol. 75, núm. 11-12, 2016, pp. 543-554. DOI: 10.1007/s11199-015-0550-5.

GORAR, Mona, *Honour Based Crimes and the Law. Defining the limits of Honour Based Violence and Abuse*, Routledge, Londres, 2021.

GORAR, Mona, «Female Sexual Autonomy, Virginity, and Honour-based Violence with Special Focus on the UK», *Journal of International Women’s Studies*, vol. 22, núm. 5, 2021, pp. 72-83.

GRUBER, Sabine, «In the Name of Action Against “Honour-Related” Violence», *Nordic Journal of Migration Research*, vol. 1, núm. 3, 2011, pp. 126-136.

GUL, Pelin/SCHUSTER, Ingrid, «Judgments of marital rape as a function of honor culture, masculine reputation threat, and observer gender: A cross-cultural comparison between Turkey, Germany, and the UK», *Aggressive Behavior*, vol. 46, núm. 4, 2020, pp. 341-353. DOI: 10.1002/ab.21893.

GUL, Pelin/CROSS, Susan E./USKUL, Ayse K., «Implications of culture of honor theory and research for practitioners and prevention researchers», *American Psychologist*, vol. 76, núm. 3, 2021, pp. 502-515.

HAMMOND, Claire/KNOŠKOVÁ, Kristýna/WALLACE, Lorna/FIDO, David, «A comparative analysis of public educational needs in the rehabilitative care of individuals who have committed serious criminal offences: A cross-cultural study», *Forensic Science International: Mind and Law*, vol. 5, 2024, p. 100130. DOI: 10.1016/j.fsimpl.2024.100130.

HANCOCK, Kathryn P., «Major Blame: Examining Male Rape Myth Acceptance across College Majors», *Journal of Criminal Justice Education*, vol. 32, núm. 1, 2021, pp. 108-125. DOI: 10.1080/10511253.2021.1882518.

HECHLER, Sarah/SHNABEL, Nurit/ULLRICH, Johannes/NADLER, Arie, «Not revenge, but change is sweet: Experimental evidence of conditions under which punishment increases victims' justice-related satisfaction», *British Journal of Social Psychology*, vol. 62, núm. 4, 2023, pp. 1997-2018. DOI: 10.1111/bjso.12613.

HMIC, *The depths of dishonour: Hidden voices and shameful crimes. An inspection of the police response to honour-based violence, forced marriage and female genital mutilation*, Her Majesty's Inspectorate of Constabulary, Londres, 2015.

HUDA, Shagufta/KAMAL, Abida, «Development and validation of attitude towards Honour Killing Scale», *Pakistan Journal of Psychological Research*, vol. 35, núm. 2, 2020, pp. 227-251. DOI: 10.33824/PJPR.2020.35.2.13.

IDRISS, Mohammad Mazher, «Abused by the Patriarchy: Male Victims, Masculinity, "Honor"-Based Abuse and Forced Marriages», *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 37, núm. 13-14, 2022, pp. 1-28. DOI: 10.1177/0886260521997928.

IDRISS, Mohammad Mazher, «"The Mosques Are the Biggest Problem We've Got Right Now": Key Agent and Survivor Accounts of Engaging Mosques With Domestic and Honour-Based Violence in the United Kingdom», *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 35, núm. 13-14, 2020, pp. 2464-2491. DOI: 10.1177/0886260517703376.

IDRISS, Mohammad Mazher, «Not domestic violence or cultural tradition: Is honour-based violence distinct from domestic violence?», *Journal of Social Welfare & Family Law*, vol. 39, 2017, pp. 3-21. DOI: 10.1080/09649069.2016.1272755.

KAYA, Nevin/TURAN, Nermin, «Attitudes toward Honor and Violence against Women for Honor in the Context of the Concept of Privacy: A Study of Students in the Faculty of Health Sciences», *Connectist: Istanbul University Journal of Communication Sciences*, núm. 54, 2018, pp. 65-84. DOI: 10.26650/CONNECTIST433995.

KHAN, Rukhsana/SALEEM, Sara/LOWE, Michelle, «"Honour"-based violence in a British South Asian community», *Safer Communities*, vol. 17, núm. 1, 2018, pp. 11-21. DOI: 10.1108/SC-02-2017-0007.

KORTEWEG, Anna C./YURDAKUL, Gökçe, «Islam, gender, and immigrant integration: Boundary drawing in discourses on honour killing in the Netherlands and Germany», *Ethnic and Racial Studies*, vol. 32, núm. 2, 2009, pp. 218-238.

KUEHN, Shelby/RIDENER, Robert J./SCOTT, Patrick W., «Do criminology classes make a difference? Changes in perceptions of punishment over time», *Journal of Criminal Justice Education*, vol. 29, núm. 1, 2018, pp. 1-17. DOI: 10.1080/10511253.2017.1330963.

LÓPEZ-ZAFRA, Esther/RODRÍGUEZ-ESPARTAL, Nuria, «Relación entre cultura del honor, celos y satisfacción en la pareja», *Boletín de Psicología*, núm. 94, 2008, pp. 7-22.

MEETOO, Veena/MIRZA, Heidi Safia, «“There is Nothing ‘Honourable’ About Honour Killings”: Gender, Violence and The Limits of Multiculturalism», *Women’s Studies International Forum*, vol. 30, núm. 3, 2007, pp. 187-200. DOI: 10.1016/j.wsif.2007.03.001.

MIR-HOSSEINI, Ziba, «Criminalising Sexuality: Zina Laws as Violence Against Women in Muslim Contexts», *Sur-International Journal on Human Rights*, vol. 8, núm. 15, 2011, pp. 1-41.

MUCINA, Muhamed K./JAMAL, Anisa, «Introduction to Special Issue: Assimilation, interrupted: Transforming Discourses of Culture-and Honour-Based Violence in Canada», *International Journal of Child, Youth and Family Studies*, vol. 12, núm. 1, 2021, pp. 1-12.

MURHULA, Placide B. B./TOLLA, Abednego D., «The Effectiveness of Restorative Justice Practices on Victims of Crime: Evidence from South Africa», *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, vol. 10, núm. 1, 2021, pp. 98-110. DOI: 10.5204/ijcsd.1511.

OLWAN, Dana M., *Gender Violence and the Transnational Politics of the Honor Crime*, The Ohio State University Press, Columbus, 2021.

PAYTON, Joanne, «“Honour”, Collectivity and Agnation: Emerging Risk Factors in “Honour”-based Violence», *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 29, núm. 16, 2014, pp. 2863-2883. DOI: 10.1177/0886260514527171.

PITT-RIVERS, Julian, «Honor and social status», en PERISTIANY, John G. (ed.), *Honour and Shame: The Values of Mediterranean Society*, Weidenfeld & Nicolson, Londres, 1965, pp. 18-77.

RICHARDS, Kelly/DEATH, Jodie/CHATAWAY, Megan/EMZIN, Chloe/RONKEN, Hetty/CHAPMAN, Rebecca, «The views of victim/survivors of sexual violence about perpetrator post-release measures», *Criminal Justice Studies*, vol. 36, núm. 4, 2023, pp. 418-437. DOI: 10.1080/1478601X.2023.2218531.

RIGONI, Chiara, *Honour-Based Violence and Forced Marriages. Community and Restorative Practices in Europe*, Routledge, Oxon, 2023.

RODRIGUEZ MOSQUERA, Patricia M., «Masculine and feminine honor codes», *International Journal of Social Psychology*, vol. 26, núm. 1, 2011, pp. 63-72. DOI: 10.1174/02134741179407849.

RODRIGUEZ MOSQUERA, Patricia M./MANSTEAD, Antony S. R./FISCHER, Agneta H., «The Role of Honor-Related Values in the Elicitation, Experience, and Communication of Pride, Shame, and Anger: Spain and the Netherlands Compared», *Personality and Social Psychology Bulletin*, vol. 26, núm. 7, 2002a, pp. 833-844. DOI: 10.1177/0146167200269008.

RODRIGUEZ MOSQUERA, Patricia M./MANSTEAD, Antony S. R./FISCHER, Agneta H., «Honor in the Mediterranean and Northern Europe», *Journal of Cross-Cultural Psychology*, vol. 33, núm. 1, 2002b, pp. 16-36. DOI: 10.1177/0022022102033001002.

RODRIGUEZ MOSQUERA, Patricia M./MANSTEAD, Antony S. R./FISCHER, Agneta H., «The role of honour concerns in emotional reactions to offences», *Cognition and Emotion*, vol. 16, núm. 1, 2002c, pp. 143-163. DOI: 10.1080/02699930143000167.

RODRÍGUEZ-ESPARTAL, Nuria/LÓPEZ-ZAFRA, Esther, «Relación entre cultura del honor y variables de personalidad como posibles factores explicativos de la violencia de género», en EXPÓSITO, Francisca/HERRERA, María C./BUELA, Gonzalo/NOVO, María/FARIÑA, Francisca (Eds.), *Psicología Jurídica. Áreas de Investigación*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2010, pp. 112-125.

SALTER, Michael, «Multi-perpetrator Domestic Violence», *Trauma, Violence & Abuse*, vol. 15, núm. 2, 2014, pp. 102-112. DOI: 10.1177/1524838013511542.

SANBERG, Rachel/JANSSEN, Janine, «The spectacle of the feminine Other: Reading migrant women's autobiographies about honour-based violence», *Women's Studies International Forum*, vol. 68, 2018, pp. 55-64. DOI: 10.1016/j.wsif.2018.02.002.

SEDEM, Marianne/FERRER-WREDER, Laura, «Fear of the loss of honor: Implications of honor based violence for the development of youth and their families», *Child and Youth Care Forum*, vol. 44, núm. 2, 2015, pp. 225-237. DOI: 10.1007/s10566-014-9279-5.

STEWART, Frank H., *Honour*, University of Chicago Press, Chicago, 1994.

STRID, Sofia/BAIANSTOVU, Ríkarður Í./ENELO, Jenny M., «Inequalities, isolation, and intersectionality: A quantitative study of honour-based violence among girls and boys in metropolitan Sweden», *Women's Studies International Forum*, vol. 88, 2021, p. 102518. DOI: 10.1016/j.wsif.2021.102518.

THOMAS, Cheryl/PARK, Ruth/ELLINGEN, Marit/ELLISON, Michael C./MENATEAU, Béatrice /YOUNG, Laura (Eds.), *Developing Legislation on Violence against Women and Girls*, United Nations Women, Nova York, 2011.

TIZRO, Zahra, *Domestic Violence in Iran. Women, Marriage and Islam*, Routledge, Londres i Nova York, 2012.

VAN MASTRIGT, Suzanne/STRANG, Heather/SHERMAN, Lawrence W./WELLNITZ, Katharina B./GADE, Christian, «Victim and offender ratings of mediations and restorative justice conferences: findings from a Danish randomized controlled trial», *Victims & Offenders*, 2024, pp. 1-31. DOI: 10.1080/15564886.2024.2420284.

VANDELLO, Joseph A./COHEN, Dov, «Male honor and female fidelity: Implicit cultural scripts that perpetuate domestic violence», *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 84, núm. 5, 2003, pp. 997-1010. DOI: 10.1037/0022-3514.84.5.997.

VANDELLO, Joseph A./COHEN, Dov /GRANDON, Rachel/FRANIUK, Renae, «Stand by Your Man: Indirect Prescriptions for Honorable Violence and Feminine Loyalty in Canada, Chile, and the United States», *Journal of Cross-Cultural Psychology*, vol. 40, núm. 1, 2009, pp. 81-104. DOI: 10.1177/0022022108326194.

VILLACAMPA, Carolina, «La violencia contra las mujeres por honor y su tratamiento jurídico en España», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 43, 2023, pp. 1-43. DOI: 10.15304/epc.43.9016.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina/PINILLA PÉREZ, Beatriz, «La violencia contra las mujeres por causa de honor y sus diversas manifestaciones: ¿qué nos dice la literatura científica?», *InDret*, núm. 1, 2025, pp. 331-381. DOI: 10.31009/InDret.2025.i1.10.

WEMMERS, Jo-Anne/PARENT, Isabelle/LACHANCE QUIRION, Marie, «Restoring Victims' Confidence: Victim-Centred Restorative Practices», *International Review of Victimology*, vol. 29, núm. 3, 2022, pp. 466-486. DOI: 10.1177/02697580221128830.

WIKSTRÖM, Eva/GHAZINOUR, Mehdi, «Swedish experience of sheltered housing and conflicting theories in use with special regards to honour related violence (HRV)», *European Journal of Social Work*, vol. 13, núm. 2, 2010, pp. 245-259.

YEŞİLÇİÇEK ÇALIK, Kübra, «Attitudes of Turkish Academics Regarding Violence Against Women in the Name of Honor», *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 33, núm. 20, 2018, pp. 3232-3254. DOI: 10.1177/0886260517739288.

XIE, Min/ORTIZ SOLIS, Vanessa/CHAUHAN, Preeti, «Declining trends in crime reporting and victims' trust of police in the United States and major metropolitan areas in the 21st century», *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 40, núm. 1, 2024, pp. 138-171. DOI: 10.1177/10439862231190212.

YURDAKUL, Gökçe/KORTEWEG, Anna C., «State Responsibility and Differential Inclusion: Addressing Honor-Based Violence in the Netherlands and Germany», *Social Politics*, vol. 27, núm. 2, 2020, pp. 187-211. DOI: 10.1093/sp/jxz004.

YURDAKUL, Gökçe/KORTEWEG, Anna C., «Gender equality and immigrant integration: Honor killing and forced marriage debates in the Netherlands, Germany, and Britain», *Women's Studies International Forum*, vol. 41, 2013, pp. 204-214. DOI: 10.1016/j.wsif.2013.07.011.

7. Anexo

Tabla I. Características de la muestra (N = 3.005)

Variable	Categoría	n	%
Sexo	Mujer	2079	69,2
	Hombre	895	29,8
	No binario / Otro	31	1,0
Estudios que cursa	Grado	2884	96,0
	Máster	84	2,8
	Doctorado	37	1,2
Disciplina científica	Ciencias	64	2,1
	Ciencias de la salud	385	12,8
	Ingeniería y arquitectura	333	11,1
	Ciencias sociales	629	20,9
	Derecho y criminología	1482	49,4
	Arte y humanidades	112	3,7
Provincia de estudio	Lleida	1568	52,2
	Barcelona	1077	35,8
	Tarragona	187	6,2
	Girona	173	5,8
País de nacimiento (España)	Sí	2652	88,3
	No	327	10,9
	Perdidos	26	0,9
Lugar de residencia habitual	Entorno urbano	1762	58,6
	Entorno rural	1243	41,4
Lengua habitual en casa	Catalán	1463	48,7
	Castellano	1301	43,3
	Otra lengua europea	70	2,3
	Inglés/francés/italiano/alemán	37	1,2
	Gallego	5	0,2
	Euskera	4	0,1
	Otro	125	4,2
Religión con la que se identifica	No practica ninguna religión	1761	58,6
	Católica	964	32,1
	Islámica	118	3,9
	Ortodoxa	57	1,9
	Evangélica/protestante	40	1,3
	Budista	15	0,5
	Judía	5	0,2
	Otro	45	1,5
Religiosidad (acuerdo con "me considero una persona religiosa")	Muy en desacuerdo	170	5,7
	En desacuerdo	353	11,7
	Neutral	408	13,6
	De acuerdo	194	6,5

	Muy de acuerdo	119	4,0
	Perdidos	1761	58,6
Tiempo de ocio libre	Compañeros de estudio	643	21,4
	Amigos del barrio o zona de residencia	1610	53,6
	Amigos de ocio	285	9,5
	Otros	467	15,5
Estructura de la familia nuclear	Monoparental - madre	377	12,5
	Monoparental - padre	56	1,9
	Biparental - madre y madre	4	0,1
	Biparental - padre y madre	2568	85,5
País de nacimiento (madre)	España	2317	77,1
	Otro	679	22,6
	Perdidos	9	0,3
Estudios madre	Sin estudios	80	2,7
	Estudios primarios	190	6,3
	Primera etapa de secundaria	476	15,8
	Segunda etapa de secundaria	854	28,4
	Enseñanza superior	1342	44,7
	Perdidos	63	2,1
Situación laboral madre	Empleado	2378	79,1
	Desempleado	106	3,5
	Jubilado o pensionista	136	4,5
	Trabajo doméstico no remunerado	240	8,0
	Otros	34	1,1
	Perdidos	111	3,7
País de nacimiento (abuelos maternos)	España	2307	76,8
	Otro	698	23,2
País de nacimiento (padre)	España	2121	70,6
	Otro	884	29,4
Estudios padre	Sin estudios	92	3,1
	Estudios primarios	282	9,4
	Primera etapa de secundaria	578	19,2
	Segunda etapa de secundaria	701	23,3
	Enseñanza superior	966	32,1
	Perdidos	386	12,8
Situación laboral padre	Empleado	2272	75,6
	Desempleado	61	2,0
	Jubilado o pensionista	193	6,4
	Trabajo doméstico no remunerado	10	0,3
	Otros	86	2,9
	Perdidos	383	12,7
País de nacimiento (abuelos paternos)	España	2082	69,3
	Otro	923	30,7

Fuente: Elaboración propia.

El procedimiento administrativo de la Unión Europea: lecciones y carencias

Oriol Mir Puigpelat
Universitat Pompeu Fabra

-

Sumario

-

El presente trabajo pretende explicar y valorar críticamente los aspectos más relevantes de la regulación y la jurisprudencia del TJUE relativos al procedimiento que debe observar la Administración de la UE (principalmente, la Comisión y las agencias europeas) cuando ejecuta el Derecho de la Unión de forma directa o conjunta con las Administraciones de los Estados miembros. Pone un especial énfasis en aquellos elementos que resultan de particular interés desde la perspectiva del Derecho administrativo español, y que son muchos. Concluye que, aunque la regulación vigente presente numerosos aspectos innovadores y el TJUE confiera una tutela judicial del máximo nivel, sería conveniente aprobar la codificación general que vienen reclamando con insistencia la doctrina y el Parlamento Europeo desde hace unos años.

Abstract

-

This paper aims to explain and critically assess the most relevant aspects of EU law and of CJEU case law concerning the procedure that the EU administration (mainly the Commission and European agencies) must follow when implementing EU law directly or jointly with the administrations of Member States. It places particular emphasis on the many elements that are of particular interest from the perspective of Spanish administrative law. It concludes that, although the current regulation contains numerous innovative aspects and the CJEU provides the highest level of judicial protection, it would be advisable to pass the general codification that legal scholars and the European Parliament have been insistently calling for in recent years.

Title: *The European Union's administrative procedure: lessons and shortcomings*

-

Palabras clave: Procedimiento administrativo, Unión Europea, Comisión Europea, TJUE, Art. 41 CDFUE, derecho a una buena administración, codificación

Keywords: *Administrative procedure, European Union, European Commission, CJEU, Art. 41 CFREU, right to good administration, codification*

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i2.12

1. Introducción

2. Las fuentes del procedimiento administrativo de la UE en su evolución histórica

- 2.1. Las escasas previsiones procedimentales de los Tratados fundacionales y las primeras normas relevantes de Derecho derivado
- 2.2. El papel central del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia
- 2.3. La proliferación de codificaciones generales (parciales) y sectoriales en el Derecho derivado a partir de los años noventa
- 2.4. El reconocimiento constitucional del derecho fundamental a una buena administración en el art. 41 CDFUE
- 2.5. Los códigos no vinculantes de buena conducta administrativa
- 2.6. La escasa densidad de la regulación del procedimiento de elaboración de normas administrativas

3. Los principios generales del procedimiento administrativo de la UE como derechos de defensa

- 3.1. El sentido general del art. 41 CDFUE según el TJUE
- 3.2. Aspectos destacados de la jurisprudencia del TJUE sobre las distintas garantías procedimentales desde la perspectiva española
 - a. El deber de diligencia, la seña de identidad del TJUE
 - b. El elevado estándar de imparcialidad fijado por el TJUE
 - c. El plazo razonable en clave de proceso judicial
 - d. El derecho de audiencia como clave de bóveda del derecho de defensa
 - e. El derecho de acceso al expediente entre el derecho de defensa y la intensa protección de la confidencialidad
 - f. La motivación como garantía del derecho de defensa y llave del control judicial

4. La importancia de los vicios de procedimiento a nivel de la UE

5. Balance. La conveniencia de un Reglamento de procedimiento administrativo de la Unión

6. Bibliografía

1. Introducción*

El presente trabajo pretende explicar y valorar críticamente los aspectos más relevantes del procedimiento administrativo de la Unión Europea (UE), esto es, el procedimiento que debe observar la *Administración de la UE* –integrada principalmente por la Comisión y las agencias de la Unión– cuando ejecuta el Derecho europeo. Se trata de un tema central del Derecho administrativo europeo, el que más atención ha recibido de entre todos los que integran la parte general de dicha disciplina, y que tiene una gran importancia práctica para los sujetos públicos y privados que se relacionan con la Administración de la UE en ámbitos capitales como la defensa de la competencia, el control de las ayudas de Estado, el régimen aduanero, los fondos estructurales, la agricultura, la seguridad alimentaria y de los productos, la supervisión financiera, la energía, los productos químicos y farmacéuticos, las marcas, el fomento de la investigación científica, los servicios y mercados digitales o el desarrollo de sistemas y modelos de inteligencia artificial. Su relevancia se acrecienta, además, por la circunstancia de que sus principios inspiradores, recogidos en el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), sobre el *derecho fundamental a una buena administración*, son también aplicables, como se verá, a las Administraciones nacionales cuando ejecutan el Derecho europeo, lo que ocurre con mucha frecuencia.

Pese a ello, existe un amplio desconocimiento, en la comunidad jurídica española, sobre el alcance concreto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE¹) ha dado a los principios generales del procedimiento administrativo de la UE y al referido art. 41 CDFUE, incluso entre los tribunales de nuestro país que invocan dicho precepto –cada vez con mayor frecuencia– en sus sentencias. En las páginas que siguen se expondrán los aspectos básicos de la jurisprudencia del TJUE y de las demás fuentes normativas del procedimiento administrativo de la UE, y se destacarán aquellos que, a mi juicio, tienen un mayor interés desde la perspectiva del Derecho español de procedimiento administrativo². Son muchos, como podrá apreciarse. A menudo

* Autor/a de contacto: Oriol Mir Puigpelat (oriol.mir@upf.edu). Este trabajo constituye la versión íntegra del texto elaborado para la ponencia que me correspondió impartir, bajo el título «Procedimiento administrativo de la UE», en el XX Congreso de la Asociación Española de Profesores/as de Derecho Administrativo (AEPDA) «Derecho Administrativo y Unión Europea: de la europeización del Derecho español al espacio administrativo europeo» celebrado en Toledo del 29 al 31 de enero de 2026. Ha sido finalizado el 6 de febrero de 2026, fecha en que se han consultado por última vez las páginas web a las que se remite. Agradezco a la versión de pago de Gemini su manifiesta incapacidad para sustituir, al menos en la actualidad, el trabajo lento y artesanal que desarrollamos los investigadores humanos. No solo no ha podido efectuar un barrido sistemático de las garantías procedimentales contenidas en el Derecho derivado de la Unión (pese a los *prompts* precisos formulados), sino que ni siquiera conoce las sentencias que afectan directamente a su empleador: plantea como un caso clave en la materia la STJ (Sentencia del Tribunal de Justicia) de 10 de septiembre de 2024, *Google y Alphabet/Comisión (Google Shopping)*, C-48/22 P, ECLI:EU:C:2024:726 (en la que el TJ confirmó la multa de 2.400 millones de euros impuesta a Google por la Comisión en 2017 por abuso de posición dominante con su motor de búsqueda), cuando no hay en ella una sola alusión a los principios del procedimiento ni a los derechos de defensa, respecto de los que la compañía no efectuó alegación alguna. Los y las administrativistas somos, todavía, irremplazables.

¹ Integrado, como dispone el art. 19 del Tratado de la UE (TUE), por el Tribunal de Justicia (TJ) y el Tribunal General (TG). Como es sabido, este último recibía la denominación de Tribunal de Primera Instancia (TPI) hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 2007 y hace las veces de tribunal contencioso-administrativo de la UE.

² Para el Derecho español de procedimiento administrativo remito a MIR PUIGPELAT, «Procedimientos administrativos», en VELASCO CABALLERO/DARNACULETA GARDELLA (dirs.), *Manual de Derecho administrativo*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2025; EL MISMO, «Teoría general del procedimiento administrativo», en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO/DOMÉNECH PASCUAL/ARROYO JIMÉNEZ (coords.), *Tratado de Derecho administrativo*, v. II, Marcial Pons, Madrid, 2025; y ARZOZ SANTISTEBAN, «El procedimiento administrativo común», en RODRÍGUEZ DE

constituyen *lecciones* que bien podrían importarse por nuestros legisladores, tribunales y Administraciones.

Por otro lado, el trabajo pondrá también de relieve algunas *carencias* importantes derivadas, sobre todo, de la gran fragmentación normativa existente y de la ausencia de un código general de procedimiento administrativo como el que tenemos en España y en una mayoría de Estados miembros.

Debido a la gran amplitud del tema y al espacio limitado de que se dispone, no se va a acometer un estudio exhaustivo del mismo³ ni se va a poder profundizar en muchas de las cuestiones que se irán suscitando. Lo que se pretende es, más bien, ofrecer una panorámica general, con lentes españolas, de la situación actual del procedimiento administrativo de la UE. Se trazarán también paralelismos con otros ordenamientos como, en especial, el alemán, por su alto grado de desarrollo e influencia a escala europea.

El trabajo comenzará enumerando las principales fuentes del procedimiento administrativo de la UE en su evolución histórica (apartado 2). Esta perspectiva histórica es clave para entender e interpretar adecuadamente el art. 41 CDFUE y el Derecho procedimental europeo, ya que cabe identificar importantes elementos de continuidad desde los mismos inicios del proyecto de integración comunitaria. Después se examinarán los aspectos más relevantes de la apuntada jurisprudencia del TJUE, que sigue siendo fundamental en esta materia, tanto en lo relativo a los principios generales y derechos del procedimiento (apartado 3), como al efecto anulatorio de los vicios procedimentales (apartado 4). El trabajo concluirá con un balance final que incluirá la indicada reflexión acerca de la conveniencia de aprobar una codificación general vinculante para la Administración de la UE, pese a las reticencias manifestadas por la Comisión ante las reiteradas peticiones formales del Parlamento Europeo (apartado 5).

Antes, sin embargo, resulta conveniente acabar de delimitar el objeto de estudio, tanto en un sentido negativo como positivo, y efectuar algunas precisiones conceptuales.

Aunque se hará referencia a la cuestión mencionada relativa al ámbito subjetivo de aplicación del art. 41 CDFUE, el trabajo no se ocupará del procedimiento administrativo aplicable a las *Administraciones nacionales* cuando ejecutan el Derecho de la UE, ni de los problemas que ello suscita (condicionamiento por parte de las normas de procedimiento administrativo provenientes del propio Derecho de la UE, limitaciones derivadas de los principios de atribución de competencias, subsidiariedad, proporcionalidad, equivalencia y efectividad, existencia o inexistencia de un verdadero principio de autonomía procedimental de los Estados miembros, influencia del Derecho de procedimiento de la UE en los ámbitos puramente internos de los Estados miembros –efecto *spill-over*–, etc.).

Al centrarse en la UE, tampoco se examinarán las normas, recomendaciones y principios jurisprudenciales sobre procedimiento administrativo procedentes del *Consejo de Europa* y el

SANTIAGO/DOMÉNECH PASCUAL/ARROYO JIMÉNEZ (coords.), *Tratado de Derecho administrativo*, v. II, Marcial Pons, Madrid, 2025, con muchas otras referencias.

³ Tampoco en la relación bibliográfica, que, tratándose de un tema de alcance europeo, bastaría para agotar los caracteres disponibles.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), pese a su interés y a que puedan integrarse en una noción amplia de Derecho administrativo europeo⁴.

Se abordará el procedimiento administrativo de la UE en toda su extensión. Ello implica, en primer lugar, aludir tanto a los procedimientos previstos para la *ejecución directa* del Derecho de la UE, como a la participación de la Administración de la UE en los procedimientos propios de la *ejecución conjunta* del Derecho de la UE. Como es sabido, este tipo de ejecución administrativa, que el Derecho derivado ha impulsado con fuerza en los últimos años como alternativa a la ejecución directa e indirecta tradicionales, corresponde conjuntamente a la Administración de la UE y de los Estados miembros –y no ya de forma separada a la primera o a las segundas–, y se traduce en una variada panoplia de mecanismos de interacción informativa, organizativa y procedimental entre unas y otras⁵. La interacción procedimental (vertical), que es la que aquí más nos interesa, se produce tanto mediante la participación puntual de la Administración de la UE o de los Estados miembros en procedimientos monofásicos desarrollados a nivel nacional o europeo, como a través de los emblemáticos *procedimientos compuestos*, integrados por fases diferenciadas, tramitadas bajo la responsabilidad de Administraciones distintas, y que pueden iniciarse a nivel nacional y concluir a nivel europeo (procedimientos *bottom-up*), o viceversa (procedimientos *top-down*)⁶. En las páginas que siguen se contemplará la participación de la Administración de la UE en tales procedimientos, aludiendo solo incidentalmente a la intervención que corresponde en los mismos a las Administraciones nacionales, y sin considerar, como se ha señalado, los procedimientos de ejecución indirecta ni aquellos otros en que la interacción procedimental es horizontal e implica solo a distintas Administraciones nacionales.

En segundo lugar, se hará referencia tanto al procedimiento previsto para la adopción de *actos administrativos*, como para la aprobación de *normas administrativas*. Aunque la distinción entre unos y otras, y entre los variados tipos de normas de la UE, es más difusa que en Derecho español⁷, cabe también diferenciar, en Derecho de la UE, los actos administrativos de las normas jurídicas⁸ y, dentro de estas, los actos legislativos (art. 289.3 del Tratado de Funcionamiento de la UE –TFUE–) de los *actos no legislativos de alcance general*. Estos últimos, a los que el art. 263.4 TFUE alude, a efectos puramente procesales, como «actos reglamentarios»⁹, pueden equipararse en muchas ocasiones (sobre todo en el caso de los actos delegados y los actos ejecutivos de carácter

⁴ SCHMIDT-AßMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2ª ed., 2004, p. 377; STELKENS/ANDRIJUSKAITĖ (eds.), *Good Administration and the Council of Europe. Law, Principles, and Effectiveness*, 2020, *passim*.

⁵ MIR PUIGPELAT, «La codificación del procedimiento administrativo en la unión administrativa europea», en VELASCO CABALLERO/SCHNEIDER, (coords.), *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 60-64.

⁶ De forma detenida, con numerosos ejemplos y dando cuenta de los distintos conceptos de procedimiento compuesto y expresiones análogas manejados por la doctrina, ALONSO DE LEÓN, *Composite Administrative Procedures in the European Union*, 2017, pp. 149-214. De modo pionero GALERA RODRIGO, *La aplicación administrativa del Derecho comunitario. Administración Mixta: tercera vía de aplicación*, 1998.

⁷ ARROYO JIMÉNEZ, «El Derecho administrativo europeo como sistema», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, v. 1, 2020, pp. 201-204; ARZOZ SANTISTEBAN, «La europeización del acto administrativo», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, v. 11, 2025, pp. 261-266; FUENTETAJA PASTOR, «La búsqueda de la ley en el ordenamiento jurídico de la Unión: las limitaciones del acto legislativo europeo», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, v. 13, 2026, *passim*.

⁸ Véase, p. ej., STJ de 17 de marzo de 2011, *AJD Tuna*, C-221/09, ECLI:EU:C:2011:153, apdo. 51, con cita de otras precedentes y sobre la base de los criterios habituales de la generalidad y la abstracción.

⁹ STJ de 3 de octubre de 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami y otros/Parlamento y Consejo*, C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625, apdos. 51-61.

normativo de los arts. 290 y 291 TFUE), materialmente, a los reglamentos del Derecho interno español, recibiendo la expresiva calificación doctrinal de «Derecho terciario»¹⁰. Aquí me referiré a ellos simplemente como «normas administrativas», contraponiéndolas a las «decisiones» individuales, que es la denominación que reciben en Derecho de la UE los actos administrativos vinculantes (art. 288.4 TFUE, en el caso de las decisiones que designan destinatarios y carecen de carácter normativo). Se hará también alguna alusión puntual a las recomendaciones, dictámenes (art. 288.5 TFUE) y otros instrumentos no vinculantes de especial importancia en la actuación de la Administración de la UE, como las directrices y las comunicaciones de la Comisión y las agencias.

Efectuadas estas precisiones, podemos comenzar.

2. Las fuentes del procedimiento administrativo de la UE en su evolución histórica

2.1. Las escasas previsiones procedimentales de los Tratados fundacionales y las primeras normas relevantes de Derecho derivado

Al igual que ha sucedido en la mayoría de los ordenamientos nacionales, de los que se ha nutrido el propio Derecho de la UE, las exigencias procedimentales a la Administración de la UE surgieron históricamente y se han desarrollado principalmente en relación con los actos administrativos jurídicamente vinculantes, las decisiones individuales. Ello no deja de resultar paradójico, teniendo en cuenta que la primera gran regla procedimental contenida en los Tratados, la obligación de *motivación*, se extendió por igual –en términos que aún hoy resultan innovadores– a decisiones individuales y actos normativos. Así lo estableció ya el art. 190 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 (TCEE), recogido en el actual art. 296.2 TFUE.

El TCEE también contempló la obligación de *notificación* de las decisiones a sus destinatarios, como requisito de eficacia, frente al deber de *publicación* de las normas (art. 191 TCEE, actual art. 297 TFUE), y el trámite de *audiencia* en el ámbito sectorial del control de las ayudas de Estado por la Comisión (art. 93.2 TCEE, actual art. 108.2 TFUE).

A las escasas previsiones procedimentales de los Tratados fundacionales se sumaron pronto algunas normas relevantes de Derecho derivado. La primera fue el Reglamento sobre el *régimen lingüístico* de la UE de 1958 (R1/58)¹¹, cuya importancia en el seno de una comunidad multilingüe evidencia el hecho de que fuera el reglamento núm. 1 de la CEE. Dicho reglamento instauró ya la plena cooficialidad de las cuatro lenguas de los seis Estados fundadores¹² y el derecho a dirigirse por escrito y a recibir una respuesta escrita en cualquiera de ellas, cuando ello no se encontraba garantizado todavía por los Tratados. El art. 217 TCEE se limitaba a establecer, en los mismos

¹⁰ GARCÍA LUENGO, «Normativa delegada, normativa de ejecución y el poder de libre configuración del legislador de la Unión Europea. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 18 de marzo de 2014 en el asunto 427/12», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 52, 2014, p. 143; SIEGEL, *Europeización del Derecho público*, 2016, p. 35, con cita de otros autores alemanes que manejan dicha expresión.

¹¹ Reglamento nº 1 [de 15 de abril de 1958] por el que se fija el régimen lingüístico de la Comunidad Económica Europea.

¹² En la versión actualmente vigente de su art. 1 son ya veinticuatro lenguas, de veintisiete Estados miembros.

términos que el vigente art. 342 TFUE, que el régimen lingüístico de la Comunidad sería fijado por el Consejo mediante reglamentos, por unanimidad¹³, sin que contuviera un precepto similar a los vigentes arts. 20.2.d), 24.4 TFUE y 41.4 CDFUE.

Este derecho a emplear cualquiera de las lenguas oficiales tiene una obvia dimensión procedimental¹⁴, aunque no se circunscriba, por supuesto, a ello. Es importante señalar que tanto el R1/58, como los apuntados preceptos de los Tratados, se refieren solo a las «instituciones» de la UE¹⁵, que son las delimitadas en el art. 13 TUE. Esto significa, aunque pueda resultar llamativo, que no resultan directamente aplicables a las agencias¹⁶, y que deben ser los reglamentos que las crean los que remitan al R1/58¹⁷ o efectúen una regulación diferenciada¹⁸, lo que no siempre hacen¹⁹.

¹³ Este es el procedimiento que debe seguirse aún hoy para añadir (o suprimir) lenguas oficiales a la UE (como el catalán, el euskera o el gallego), y en el que no tiene participación alguna el Parlamento Europeo, por lo que no constituye un procedimiento «legislativo» ni el reglamento correspondiente del Consejo tiene la condición de «acto legislativo» con arreglo al art. 289 TFUE. Se aprecia aquí un reducto de la intergubernamentalidad fundacional de la CEE, puesto que la determinación de las lenguas oficiales constituye normalmente, a nivel estatal, una decisión que corresponde al legislador democrático.

¹⁴ Como reflejan los arts. 13.c) y 15 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

¹⁵ Los arts. 20.2.d) y 24.4 TFUE también aluden al Defensor del Pueblo Europeo y los órganos consultivos de la UE (el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones).

¹⁶ FEHLING, «Europäisches Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht», en TERHECHTE (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2022, nm. 31.

¹⁷ Como hacen, p. ej., los reglamentos reguladores de la Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas (ECHA), la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA), Europol y la Guardia Europea de Fronteras y Costas (Frontex): respectivamente, art. 104.1 del Reglamento (CE) n° 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y mezclas químicas (REACH), por el que se crea la Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas; art. 73.1 del Reglamento (UE) n° 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados) (R1095/10); art. 64.1 del Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) (R794/16); y art. 113.1 del Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas (R1896/19).

¹⁸ Como en el caso emblemático de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), sujeta a una regulación específica que limita a solo cinco (alemán, español, francés, inglés e italiano, las más habladas en la UE) las lenguas de los procedimientos de oposición, caducidad y nulidad, a fin de resolver de manera proporcionada el problema lingüístico derivado de la circunstancia habitual de que participen en tales procedimientos interesados de distintos países de la UE. Dicho régimen específico de la EUIPO fue validado y sujeto a una interpretación restrictiva por la muy interesante STJ de 9 de septiembre de 2003, *Kik/OAMI*, C-361/01 P, ECLI:EU:C:2003:434. La regulación vigente, igual a la validada por el TJ, se contiene en el art. 146 del Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea (versión codificada) (R1001/17). En el caso de la Agencia de la Unión Europea para la Seguridad Aérea (EASA), el reglamento que la regula se limita a reconocer el derecho de toda persona física o jurídica a dirigirse a la Agencia por escrito en cualquiera de las lenguas oficiales de la Unión y a recibir una respuesta en la misma lengua, y a disponer que será su consejo de administración el que «decidirá sobre el régimen lingüístico de la Agencia» (arts. 98.2.k) y 119.5 del Reglamento (UE) 2018/1139 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2018 sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia de la Unión Europea para la Seguridad Aérea (R1139/18)).

¹⁹ No hace ninguna referencia al régimen lingüístico, p. ej., el reglamento de la Agencia Europea de Medicamentos (EMA): Reglamento (CE) n° 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, por el que se establecen procedimientos de la Unión para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos (R726/04).

Poco tiempo después se aprobarían otros dos reglamentos emblemáticos y de referencia para el tema que nos ocupa y el Derecho administrativo europeo en general: el *Estatuto de los funcionarios* de la CEE de 18 de diciembre de 1961 (Estatuto de los funcionarios)²⁰ y el *primer reglamento de defensa de la competencia*, de 6 de febrero de 1962 (R17/62)²¹. El Estatuto de los funcionarios ordenó los aspectos básicos del personal y la adopción masiva de actos jurídicos que su gestión comporta, estableciendo procedimientos administrativos específicos como el de selección (Anexo III, muy ligero) y el disciplinario (Anexo IX), y contemplando expresamente garantías como el trámite de audiencia, el derecho de acceso al expediente o a asistencia letrada en el caso de las decisiones más gravosas (arts. 26, 34.2, 38.a), 49, 51.2, 87 y el referido Anexo IX, plenamente garantista).

A su vez, el R17/62 reguló el supuesto más importante de ejecución directa del Derecho comunitario, otorgando intensos poderes sancionadores²² y de investigación a la Comisión, y garantizando –solo– el derecho de audiencia de las empresas afectadas en su art. 19²³. Dicho reglamento se ocupó ya con detenimiento de los amplios requerimientos de información (arts. 11 y 12) y de las inspecciones conjuntas con las autoridades nacionales (arts. 13 y 14) que caracterizan a muchos procedimientos decisorios de la Administración de la UE. También subrayó, como ya entonces imponía al máximo nivel normativo el propio art. 214 TCEE (actual art. 339 TFUE), y a modo de compensación de esos amplios poderes de investigación²⁴, la necesidad de protección de los secretos comerciales de las empresas y del resto de su información confidencial, a través de una exigente obligación de secreto profesional de los funcionarios y otros agentes de la Comisión y de las autoridades competentes de los Estados miembros (arts. 19.3, 20 y 21.2).

Del Derecho derivado de los primeros años debe destacarse también el Reglamento general sobre *plazos* de 1971 (R1182/71)²⁵. Este breve reglamento, que no ha sido objeto de modificaciones y sigue aún en vigor, tiene un ámbito de aplicación objetivo muy amplio, al aplicarse (supletoriamente) a todo «acto» de la Comisión o el Consejo adoptado en virtud de los Tratados

²⁰ Reglamento n° 31 (CEE), n° 11 (CEEa), por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. Este reglamento sigue todavía vigente, aunque ha sido objeto de muchas modificaciones.

²¹ Reglamento n° 17: Primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado. Tras sufrir algunas modificaciones, estuvo en vigor hasta su derogación por el vigente reglamento de 2003, al que se hará referencia a menudo en las páginas sucesivas.

²² A través de las multas y multas coercitivas que siguen hoy en día caracterizando al Derecho administrativo sancionador de la UE, y que ya en dicho reglamento podían elevarse hasta el diez por ciento del volumen de negocios alcanzado durante el ejercicio económico precedente por la empresa sancionada (arts. 15 y 16). El reglamento también estableció ya entonces, en desarrollo de la habilitación concedida por el art. 172 TCEE (actual art. 261 TFUE), que el Tribunal de Justicia, al controlar la legalidad de tales sanciones, disponía de competencia jurisdiccional plena y podía, por tanto, suprimir, reducir o aumentar la multa o la multa coercitiva impuesta por la Comisión (art. 17).

²³ Este art. 19 fue desarrollado por la Comisión, en virtud de la habilitación concedida por el art. 24 R17/62, mediante el Reglamento n° 99/63/CEE de la Comisión, de 25 de julio de 1963, relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 19 del Reglamento n° 17 del Consejo (R99/63). Este desarrollo reglamentario contemplaba ya las vistas orales actualmente vigentes y el derecho de asistencia letrada, pero seguía sin hacer referencia expresa al derecho de acceso al expediente.

²⁴ Que venían reconocidos también a la Comisión, de forma general, al máximo nivel normativo, por el artículo precedente del Tratado, el art. 213 TCEE (actual art. 337 TFUE).

²⁵ Reglamento (CEE, Euratom) n° 1182/71 del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos.

(art. 1), lo que significa que rige tanto en materia de procedimiento administrativo como fuera de él, incluyendo los actos normativos emanados por ambas instituciones. Menos claro es su ámbito de aplicación subjetivo y, en particular, si resulta aplicable a las agencias. La vocación general del R1182/71, el hecho de que las agencias no existieran todavía cuando este se aprobó, que al actuar estas apliquen actos normativos que sí están indudablemente sujetos al mismo, y que los reglamentos que las han creado no suelen remitir al R1182/71 ni llevar a cabo una regulación específica de los plazos y términos²⁶ son argumentos que apoyan una respuesta afirmativa²⁷, aunque no definitiva. El R1182/71 efectúa una regulación completa de la definición y cómputo de los plazos, fechas y términos, que presenta muchas similitudes con la contenida en el art. 30 LPAC²⁸, y que ya en 1971 aludió a los plazos fijados en horas y excluyó los sábados de los días hábiles. El R1182/71 se limita a ello y no contiene norma alguna sobre los plazos de resolución de los procedimientos administrativos de la UE ni sobre las consecuencias de su incumplimiento.

2.2. El papel central del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia

El *Tribunal de Justicia* asumiría pronto un papel determinante en la concreción y generalización de las garantías procedimentales del Derecho derivado, formando progresivamente el cuerpo estable de principios generales de procedimiento administrativo que se examinará con mayor detenimiento en el apartado 3. Entre sus primeros pronunciamientos destacan también asuntos relativos a funcionarios y al Derecho de la competencia como, entre otros, la STJ *Alvis* de 1963²⁹, la STJ *Raponi* de 1964³⁰ y la STJ *Consten* de 1966³¹, en las que apuntó ya el importante *deber de*

²⁶ Es el caso, p. ej., de los reglamentos de la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales (CPVO) (Reglamento (CE) n° 2100/94 del Consejo de 27 de julio de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales (R2100/94)), la EASA (R1139/18), la ECHA (REACH), la EMA (R726/04), la ESMA (R1095/10), Europol (R794/16) o Frontex (R1896/19). En cambio, sí contiene una regulación propia del cómputo (y la duración) de los plazos el reglamento de la EUIPO, habilitando expresamente a la Comisión para adoptar actos delegados que precisen los pormenores de la materia (art. 101 R1001/17).

²⁷ Aunque no se ocupe específicamente de la cuestión, FUENTETAJA PASTOR, *Derecho Administrativo Europeo*, 5ª ed., 2025, cap. X, apdo. III.1.2, señala que el R1182/71 resulta aplicable, de forma general, «a los procedimientos y actos de la Administración europea».

²⁸ También diferencias, como p. ej. que, por defecto, los plazos fijados en días se consideren naturales y no hábiles (art. 3.3 R1182/71).

²⁹ STJ de 4 de julio de 1963, *Alvis/Consejo de la CEE*, C-32/62, ECLI:EU:C:1963:15, en la que afirmó que la obligación de permitir que los empleados públicos se defiendan antes de ser objeto de una decisión disciplinaria era un principio generalmente admitido por los Derechos administrativos de los Estados miembros de la CEE, que «responde a las exigencias de una justicia sana y una buena administración», y que debía ser observado por las instituciones comunitarias (p. 114 de la versión francesa de la Recopilación de la Jurisprudencia –traducción propia y cursiva añadida–). El TJ no anuló el despido, al considerar inaceptable el comportamiento del empleado en cuestión, que tenía problemas con la bebida, pero obligó a la CEE a asumir cuatro quintas partes de las costas como consecuencia de dicho vicio procedimental.

³⁰ STJ de 19 de marzo de 1964, *Raponi/Comisión de la CEE*, C-27/63, ECLI:EU:C:1964:17, en la que anuló una decisión de promoción de un funcionario porque la Comisión no completó la información incompleta en la que se basó mediante la consulta de los expedientes personales de los candidatos, señalando que el amplio margen de apreciación de que dispone al acordar tal promoción con arreglo al art. 45 del Estatuto «supone simultáneamente una gran libertad de decisión y el examen minucioso de expedientes comparables» (pp. 266-269 de la versión francesa de la Recopilación de la Jurisprudencia –traducción propia y cursiva añadida–).

³¹ STJ de 13 de julio de 1966, *Consten y Grundig/Comisión de la CEE*, C-56/64, ECLI:EU:C:1966:41, donde señaló que «las empresas tienen derecho a que la Comisión examine debidamente sus solicitudes de aplicación del apartado 3 del artículo 85; que para ello, la Comisión no puede limitarse a exigir de las empresas que prueben que concurren los requisitos para conceder la exención, sino que, en aras de una buena administración, debe intervenir activamente

diligencia en la investigación de los asuntos que singularizará a su jurisprudencia posterior, o la STJ *Transocean Marine Paint Association* de 1974.

En esta última, tras el minucioso examen de Derecho comparado previamente efectuado por el Abogado General Walter en sus conclusiones³², el TJ elevó el *derecho de audiencia* a la categoría de principio general al afirmar la existencia de una «norma general según la cual los destinatarios de decisiones de las autoridades públicas que afecten de manera considerable a sus intereses deben tener la oportunidad de dar a conocer eficazmente sus puntos de vista al respecto», precisando, en relación con el caso concreto, que «esta norma exige que se informe a las empresas claramente y con tiempo suficiente del contenido esencial de las condiciones a las que la Comisión se propone supeditar la exención, y que aquéllas tengan la oportunidad de presentarle sus observaciones; [y] que esto se aplica especialmente cuando se trata de condiciones que, como en el presente caso, imponen cargas considerables y de gran alcance»³³.

Estas primeras sentencias evidencian ya la influencia del Derecho de los *Estados miembros* en la formulación de los principios generales del procedimiento por parte del TJUE y la función que este otorga a tales principios de *compensación* de los amplios márgenes de apreciación reconocidos a la Comisión por los Tratados, el Derecho derivado y la propia jurisprudencia.

La creación del TPI en 1988 contribuiría de forma importante al desarrollo de las garantías procedimentales inicialmente reconocidas por el TJ. El TPI fue también el que generalizó el recurso al *principio de buena administración* como principio paraguas³⁴ aglutinador de los distintos principios procedimentales, después de que el Tratado de Maastricht de 1992 creara la figura del Defensor del Pueblo Europeo y le atribuyera el control no judicial de la «mala administración» (actual art. 228 TFUE). Hasta entonces, el TJ solo había aludido a la «buena administración» en ocasiones muy puntuales, de pasada, vinculándola de forma vaga al derecho

con sus propios medios para determinar los hechos y circunstancias pertinentes» (p. 433 de la Recopilación de la Jurisprudencia, cursivas añadidas).

³² AG Warner, *Transocean Marine Paint Association/Comisión*, C-17/74, ECLI:EU:C:1974:91, pp. 444-446, concluyendo, tras examinar los Derechos inglés, escocés, danés, alemán, irlandés, francés, belga, luxemburgués, italiano y neerlandés (y constatar que se encontraba a la sazón recogido en todos ellos, salvo en el italiano y el neerlandés, y tener un recorrido aún reciente en el francés), que «el derecho a ser oído forma parte de los derechos protegidos por ‘el Derecho’ a que se refiere el artículo 164 del Tratado [TCEE], y cuya observancia, por tanto, debe garantizar este Tribunal de Justicia».

³³ STJ de 23 de octubre de 1974, *Transocean Marine Paint Association/Comisión*, C-17/74, ECLI:EU:C:1974:106, apdo. 15. El TJ anula parcialmente la decisión de la Comisión en la medida en que impone a las empresas integrantes de dicha asociación, a fin de renovar su exención del art. 85 TCEE (actual art. 101 TFUE), obligaciones muy gravosas de información periódica sobre las que no tuvieron la ocasión de pronunciarse cuando se practicó el trámite de audiencia previsto en el R99/63. En el apdo. 16, como en la STJ *Raponi*, también alude al deber de diligencia como contrapartida del amplio margen de apreciación de que dispone la Comisión, aquí, en materia de defensa de competencia: «la Comisión disfruta de una amplia potestad de apreciación en cuanto a las reglas a las que someterá la exención [...] como contrapartida, el ejercicio de dicha potestad de apreciación exige una amplia información previa sobre las objeciones que puedan formular las empresas».

³⁴ ALONSO DE LEÓN, *Composite Administrative Procedures in the European Union*, 2017, p. 127. «*Sammelbegriff*» (concepto genérico) según FEHLING, en TERHECHTE (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2ª ed., 2022, nm. 6.

de audiencia³⁵, al referido deber de diligencia³⁶ o a requerimientos de eficacia administrativa³⁷. La utilidad de acudir a la buena administración como principio paraguas se ve ilustrada con la STPI *New Europe Consulting* de 1999³⁸, en la que el TPI se valió de él para aglutinar el apuntado deber de diligencia y el derecho de audiencia, y estimar la reclamación de indemnización por daños que constituía el objeto del recurso³⁹.

2.3. La proliferación de codificaciones generales (parciales) y sectoriales en el Derecho derivado a partir de los años noventa

A lo largo de los años, y especialmente a partir de la década de los noventa del pasado siglo, el Derecho derivado fue densificando de forma progresiva su regulación procedimental, tanto la dirigida a la Administración de la UE como a la de los Estados miembros⁴⁰, e incorporando los principios generales desarrollados por el TJUE.

Aunque, como se verá en el apartado 5, no hay una norma general a nivel europeo equivalente a las leyes de procedimiento existentes en la mayoría de los Estados miembros, han ido proliferando reglamentos que codifican en alguna medida los procedimientos que debe observar la Administración de la UE.

Algunos de estos reglamentos constituyen *codificaciones generales (muy) parciales*, al resultar aplicables en todos los ámbitos de actuación de la Administración de la UE. A los ejemplos antes apuntados del reglamento lingüístico (R1/58), de plazos (R1182/71) y del Estatuto de los funcionarios, cabe añadir el Reglamento *financiero* (R2509/24)⁴¹ (que incorpora, además, de forma muy importante, las normas reguladoras de los contratos y las subvenciones otorgados por la Administración de la UE), el Reglamento sobre *comitología* (R182/11)⁴² (a cuyas reglas procedimentales remiten una infinidad de normas de la UE para la adopción de los actos ejecutivos –normativos y no normativos– del art. 291 TFUE), el Reglamento general sobre

³⁵ En la antes vista STJ *Alvis* de 1963.

³⁶ Como en el fragmento antes transcrito de la STJ *Consten* de 1966 o en la STJ de 23 de octubre de 1986, *Schwiering/Tribunal de Cuentas*, C-321/85, ECLI:EU:C:1986:408, apdo. 18.

³⁷ STJ de 11 de marzo de 1986, *Adams/Comisión*, C-294/84, ECLI:EU:C:1986:112, apdo. 17. Véase también la referencia que la propia Comisión hacía a la «buena administración» en el preámbulo de su R99/63 de desarrollo del R17/62, para justificar que los interesados debieran presentar sus observaciones por escrito.

³⁸ STPI de 9 de julio de 1999, *New Europe Consulting y Brown/Comisión*, T-231/97, ECLI:EU:T:1999:146, apdos. 31 y 39-47.

³⁹ En el caso concreto, de gran interés, el TPI considera que la Comisión «incurrió en una falta manifiesta de diligencia» al enviar un fax a diversas autoridades nacionales del Este de Europa instándolas a no celebrar con la recurrente contratos financiados con fondos europeos, sin haber investigado antes los hechos denunciados (la Comisión se limitó a confiar en la denuncia de irregularidades contenida en un informe recibido de una autoridad húngara, y que resultó ser errónea) ni haberle dado la oportunidad de defenderse. El TPI concluye que al cometer ambas irregularidades procedimentales la Comisión «violó el principio de buena administración».

⁴⁰ Por las razones indicadas en MIR PUIGPELAT, en VELASCO CABALLERO/SCHNEIDER, (coords.), *La unión administrativa europea*, 2008, pp. 57-59.

⁴¹ Reglamento (UE, Euratom) 2024/2509 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2024, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión (versión refundida).

⁴² Reglamento (UE) n° 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión.

*inspecciones*⁴³, el Reglamento sobre el *derecho de acceso* a los documentos de las instituciones de la UE (R1049/01)⁴⁴, el Reglamento de *protección de datos* frente al tratamiento efectuado por las instituciones y organismos de la UE⁴⁵ o el Reglamento de las *agencias ejecutivas* de la UE, que contiene normas procedimentales aplicables a todas ellas⁴⁶.

Junto a estas normas de aplicación general deben destacarse otras que constituyen *codificaciones sectoriales* de determinados procedimientos de la Administración de la UE. Algunos ejemplos señeros son el Reglamento 1/2003 sobre *defensa de la competencia* (R1/03)⁴⁷ (que sustituyó al antes citado R17/62), el Reglamento de *concentraciones* (R139/04)⁴⁸, el Reglamento de control de las *ayudas de Estado*⁴⁹ (R1589/15), el *Código aduanero*⁵⁰, el Reglamento de los *Fondos Estructurales* y del Fondo de *Cohesión*⁵¹, el Reglamento de la organización común de mercados de los *productos agrarios*⁵², el Reglamento de financiación y gestión de la *Política Agrícola Común*⁵³, el Reglamento de *seguridad general de los productos*⁵⁴, el Reglamento de *seguridad alimentaria*⁵⁵, o los reglamentos reguladores de determinadas *agencias descentralizadas* (al contener reglas generales sobre su forma de actuación), en especial las de aquellas agencias dotadas de potestades

⁴³ Reglamento (Euratom, CE) n° 2185/96 del Consejo de 11 de noviembre de 1996 relativo a los controles y verificaciones in situ que realiza la Comisión para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas contra los fraudes e irregularidades.

⁴⁴ Reglamento (CE) n° 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

⁴⁵ Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos.

⁴⁶ Reglamento (CE) n° 58/2003 del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, por el que se establece el estatuto de las agencias ejecutivas encargadas de determinadas tareas de gestión de los programas comunitarios.

⁴⁷ Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. Desarrollado por el Reglamento (CE) n° 773/2004 de la Comisión de 7 de abril de 2004 relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE (R773/04).

⁴⁸ Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Desarrollado por el Reglamento de Ejecución (UE) 2023/914 de la Comisión, de 20 de abril de 2023, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (RE914/23).

⁴⁹ Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión codificada).

⁵⁰ Reglamento (UE) n° 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el código aduanero de la Unión (refundición). Su versión inicial de 1992 tuvo una especial significación para la ejecución indirecta, conteniendo ya una regulación detallada de las decisiones (definidas en términos similares al acto administrativo alemán) adoptadas por las autoridades aduaneras nacionales.

⁵¹ Reglamento (UE) 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca.

⁵² Reglamento (UE) n° 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios.

⁵³ Reglamento (UE) 2021/2116 del Parlamento Europeo y del Consejo de 2 de diciembre de 2021 sobre la financiación, la gestión y el seguimiento de la política agrícola común.

⁵⁴ Reglamento (UE) 2023/988 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, relativo a la seguridad general de los productos.

⁵⁵ Reglamento (CE) n° 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria.

decisorias con efectos vinculantes sobre los particulares creadas a partir de los años noventa, como son la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER; R942/19)⁵⁶, la CPVO (R2100/94), la EASA (R1139/18), la ECHA (REACH), la EMA (R726/04), la Agencia Ferroviaria Europea (ERA)⁵⁷, la EUIPO (R1001/17), la Junta Única de Resolución (SRB)⁵⁸ y las Autoridades Europeas de Supervisión financiera surgidas de la Gran Recesión (la Autoridad Bancaria Europea –EBA–⁵⁹, la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación –EIOPA–⁶⁰ y la ESMA –R1095/10–)⁶¹.

2.4. El reconocimiento constitucional del derecho fundamental a una buena administración en el art. 41 CDFUE

El punto culminante de esta evolución normativa se alcanzó con la consagración del *derecho fundamental a una buena administración* en el art. 41 CDFUE, en el año 2000 de forma no vinculante y, a partir del 1 de diciembre de 2009⁶², con el mismo rango constitucional⁶³ que los Tratados (art. 6.1 TUE). Como se verá después, este precepto se limitó básicamente a recoger los principios generales de procedimiento administrativo elaborados por el TJUE (apartados 1 y 2), junto al derecho al resarcimiento de daños (apartado 3) y a utilizar las lenguas oficiales (apartado 4) que ya reconocían otros artículos de los Tratados⁶⁴. Pero, al positivizarlos, reunirlos en una sola disposición y conferirles la categoría de derecho fundamental de la Carta, les dio mayor visibilidad y los blindó al máximo rango normativo, subrayando la propia importancia del procedimiento administrativo.

Aunque –por excepción a la regla general del art. 51.1 CDFUE– resulte solo aplicable de forma inmediata a la Administración de la UE, la mayor virtualidad del art. 41 reside, seguramente, en la influencia que está ejerciendo, *de iure* y *de facto*, en las Administraciones de los Estados miembros, a las que el TJUE se lo aplica por la vía indirecta de considerar que refleja un *principio*

⁵⁶ Reglamento (UE) 2019/942 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, por el que se crea la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación de los Reguladores de la Energía (versión refundida).

⁵⁷ Reglamento (UE) 2016/796 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea.

⁵⁸ Reglamento (UE) n° 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución.

⁵⁹ Reglamento (UE) n° 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea).

⁶⁰ Reglamento (UE) n° 1094/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación).

⁶¹ Un detenido estudio comparado de *ochenta y cinco* procedimientos decisorios sectoriales de la Administración de la UE puede encontrarse en HARTMANN, *Die Kodifikation des Europäischen Verwaltungsrechts*, 2020, pp. 371 ss.

⁶² Fecha en la que entró en vigor el Tratado de Lisboa de 2007, que fue el que dio plena eficacia jurídica –con ligeras modificaciones– a la CDFUE firmada en el Consejo Europeo de Niza de 7 de diciembre de 2000.

⁶³ La naturaleza constitucional de los Tratados de la UE es afirmada, entre muchos otros, por VON BOGDANDY/BAST (coords.), *Principles of European Constitutional Law*, 2006, *passim*; SCHMIDT-ARMANN/SCHÖNDORF-HAUBOLD, «Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund», en VOßKUHL/EIFERT/MÖLLERS (coords.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts I*, 3ª ed., C. H. Beck, München, 2022, pp. 255-257.

⁶⁴ Así se señala en las propias explicaciones oficiales sobre el art. 41 CDFUE: *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales* (DOUE C, C/303, 14.12.2007), p. 28.

general del Derecho de la Unión que estas deben observar cuando ejecutan dicho Derecho⁶⁵. El precepto deja incluso sentir sus efectos en los ámbitos puramente internos, al constituir un estándar común mínimo europeo difícil de eludir administrativa, legislativa y judicialmente. Por no hablar de los muchos casos en que se invoca el precepto para justificar desarrollos normativos y jurisprudenciales que poco o nada tienen que ver con el acotado significado, de marcado corte procedimental, que tiene en el Derecho de la UE.

2.5. Los códigos no vinculantes de buena conducta administrativa

En paralelo y por influencia de la gestación de la CDFUE, a principios de siglo distintas instituciones y organismos de la UE aprobaron determinados *códigos de buena conducta administrativa*. Los más relevantes, y que han sido a menudo tomados como referencia por los otros, son dos: el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa (CEBCA) aprobado por el Parlamento Europeo el 6 de septiembre de 2001, a instancias del Defensor del Pueblo Europeo, y manejado por este como parámetro de enjuiciamiento de la Administración de la UE al ejercer la función de control no jurídico de la mala administración que le corresponde en virtud de los arts. 228 TFUE y 43 CDFUE⁶⁶; y el Código de Buena Conducta Administrativa de la Comisión, adoptado el 13 de septiembre de 2000 y que ha recibido una actualización muy menor a finales de 2024⁶⁷.

El CEBCA es el más detallado y garantista e incluye tanto principios materiales como procedimentales, aunque no aporta grandes novedades respecto a lo ya establecido por el TJUE. Carece, en todo caso, de fuerza normativa, al igual que el resto de códigos, cuyo cumplimiento no puede ser exigido judicialmente.

2.6. La escasa densidad de la regulación del procedimiento de elaboración de normas administrativas

Por último, conviene dejar constancia de las escasas previsiones existentes en el Derecho de la UE sobre el procedimiento de elaboración de *normas administrativas* por parte de la Comisión. A las ya mencionadas exigencias de motivación y publicación –multilingüe– contenidas en el Derecho originario desde el TCEE deben sumarse, principalmente, los requerimientos procedimentales contenidos en los arts. 290, 291 TFUE y el R182/11 de comitología (como regla general, el procedimiento de examen de su art. 5, que permite el veto, por mayoría cualificada, de los representantes de los Estados miembros en el comité correspondiente), así como en

⁶⁵ Entre otras, STJ de 8 de mayo de 2014, *H. N.*, C-604/12, ECLI:EU:C:2014:302, apdos. 49 ss.; STJ de 17 de julio de 2014, *Y. S.*, C-141/12, ECLI:EU:C:2014:2081, apdos. 61-69; y STJ de 22 de septiembre de 2022, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság y otros*, C-159/21, ECLI:EU:C:2022:708, apdos. 34-36. Como apunta ARZOZ SANTISTEBAN, en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO/DOMÉNECH PASCUAL/ARROYO JIMÉNEZ (coords.), *Tratado de Derecho administrativo*, v. II, 2025, nm. 73, se trata de una solución «salomónica» de la intensa discusión doctrinal suscitada en torno al ámbito subjetivo de aplicación del art. 41 CDFUE.

⁶⁶ El CEBCA se encuentra disponible en https://www.ombudsman.europa.eu/es/publication/es/3510#_ftnref2.

⁶⁷ Decisión (UE) 2024/3083 de la Comisión de 4 de diciembre de 2024 por la que se establece el Código de Buena Conducta Administrativa para el personal de la Comisión Europea en sus relaciones con el público, que lo ha adoptado como Decisión independiente (dejando de constar como anexo del Reglamento interno de la Comisión) «con el fin de darle mayor visibilidad y facilitar las actualizaciones posteriores». La versión actual está provista de un breve preámbulo, actualiza la cita de los preceptos de Derecho de la UE, somete la tramitación de los correos electrónicos a las mismas «reglas» que las cartas y considera –a la baja– que ya no es necesario identificar a la concreta persona física responsable del asunto de que se trate (ahora basta con identificar «al servicio responsable», en la criticada línea del art. 20 LPAC).

algunas normas sectoriales de Derecho derivado, sobre todo en relación con los proyectos normativos preparados por ciertas agencias⁶⁸, en que ocasionalmente se llega a exigir la evaluación de su impacto y la consulta de las autoridades nacionales competentes, los operadores afectados, comités representativos de los distintos intereses implicados, grupos de expertos o hasta el público en general⁶⁹.

De forma general, tiene también relevancia el *Acuerdo interinstitucional sobre la mejora de la legislación*, de 13 de abril de 2016, celebrado en virtud del art. 295 TFUE entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. Este acuerdo, que viene a ser una especie de reglamento interno común de las tres instituciones, contiene un gran número de compromisos asumidos por la Comisión relacionados con la mejora del procedimiento de elaboración de sus propuestas normativas, y que incluyen la debida planificación normativa, la realización de consultas públicas, a expertos y a los interesados, evaluaciones de impacto y evaluaciones *ex post*. Está concebido, sobre todo, para los actos legislativos que corresponde aprobar al Parlamento Europeo y al Consejo, pero alcanza también a las normas administrativas (actos delegados y de ejecución) que tengan un impacto económico, medioambiental o social significativo (apartados 13, 28 y Anexo sobre los actos delegados). No obstante, tales compromisos, además de genéricos, no resultan exigibles judicialmente.

Carecen también de carácter vinculante las distintas *comunicaciones y directrices* de la Comisión sobre mejora de la regulación, que concretan y desarrollan con gran profundidad cómo deben realizarse las *consultas* a los sectores interesados y la población, en general⁷⁰, así como la *evaluación del impacto* económico, social y medioambiental de la norma proyectada⁷¹.

Esta falta de obligatoriedad en la realización de consultas a las asociaciones representativas de los intereses en cada caso afectados y al público en general se compadece mal con las exigencias

⁶⁸ CHEVALIER, «Procédure administrative non contentieuse de l'Union européenne», en AUBY/DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dirs.), *Traité de droit administratif européen*, 3ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2022, p. 6.

⁶⁹ Así, p. ej., los arts. 10 y 15 R1095/10 en relación con los proyectos de normas técnicas de regulación y de ejecución que prepare la ESMA (o, en su defecto, directamente la Comisión) en virtud –respectivamente– de los arts. 290 y 291 TFUE. El art. 16 establece que se hará la misma evaluación de impacto y las mismas consultas también antes de la elaboración de directrices (generales) y recomendaciones (individuales) no vinculantes, aunque solo «cuando proceda». Como contraste, p. ej., el art. 23 R139/2004 solo exige, para su desarrollo por la Comisión (efectuado mediante el RE914/23), la consulta no vinculante al comité consultivo de representantes de los Estados miembros que establece en ese mismo precepto, mientras que el art. 33.2 R1/03 le exige, para su desarrollo (en cuya virtud se aprobó el R773/04), que, además de la consulta no vinculante al comité consultivo de representantes de los Estados miembros que establece en su art. 14, publique el proyecto e invite «a todas las partes interesadas a presentar sus comentarios».

⁷⁰ Comisión de las Comunidades Europeas: *Comunicación. Hacia una cultura reforzada de consulta y diálogo - Principios generales y normas mínimas para la consulta de la Comisión a las partes interesadas*, COM(2002) 704 final, 11 de diciembre de 2002 (su carácter jurídicamente no vinculante es afirmado y defendido por la propia Comisión en las pp. 9-10). Aunque no sea fácil asegurarlo, dado su carácter de *soft law* y el mucho tiempo transcurrido desde su elaboración, parece estar todavía «en vigor», al remitir todavía a ella las directrices y la caja de herramientas de mejora de la regulación a que se aludirá en la nota siguiente.

⁷¹ Comisión Europea, *Better Regulation Guidelines*, SWD(2021) 305 final, 3 de noviembre de 2021, directrices complementadas por la denominada «caja de herramientas para la mejora de la legislación» (*Better Regulation Toolbox*, edición de julio de 2023), un documento de más de 600 páginas. Ambos documentos pueden encontrarse en https://commission.europa.eu/law/law-making-process/better-regulation/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en.

participativas que se derivan del art. 11 TUE (en especial, de sus apartados 1 y 3) introducido por el Tratado de Lisboa⁷².

3. Los principios generales del procedimiento administrativo de la UE como derechos de defensa

3.1. El sentido general del art. 41 CDFUE según el TJUE

Tras la entrada en vigor del art. 41 de la CDFUE como norma de rango constitucional, y especialmente en los últimos años⁷³, el TJUE ha hecho pivotar sobre él su jurisprudencia relativa a los principios generales del procedimiento administrativo⁷⁴. Ello no puede sorprender porque, como se ha dicho y se verá en el presente apartado, este precepto se ha limitado básicamente a recoger los principios generales que había ido estableciendo el TJUE con anterioridad, en un nuevo ejemplo de la gran autoridad que posee la institución judicial en la arquitectura de la UE, a la que ha apuntalado y legitimado históricamente con su sólida defensa del Derecho emanado de dicha organización y de la primacía del mismo sobre el Derecho de los Estados miembros.

Antes de exponer los principales aspectos de interés de dicha jurisprudencia, conviene efectuar algunas reflexiones generales sobre el sentido de conjunto de dicho precepto, en su aplicación a la Administración de la UE, a fin de despejar algunas dudas que pueden suscitarse y que se han suscitado.

Una primera observación general que cabe realizar a la vista de la jurisprudencia del TJUE posterior a la entrada en vigor del art. 41 CDFUE es que este precepto, al reconocer la existencia de un auténtico «derecho» (fundamental, además) a la buena administración, ha propiciado que el juez europeo deje a menudo de argumentar en términos de «*principios generales* del Derecho de la Unión» y califique directamente a las garantías procedimentales como «*derechos*» de las personas que se relacionan con la Administración de la UE.

Esta no es una evolución enteramente nueva, puesto que el TJUE de antaño utilizaba –y sigue utilizando, como se verá de inmediato– la expresión «*derecho/s* de defensa» para aludir a las garantías más importantes, y el art. 6.3 TUE ya equiparaba con anterioridad los derechos fundamentales derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros a los principios generales del Derecho comunitario⁷⁵. Pero el tenor literal y el rango constitucional del art. 41 CDFUE permiten evitar ya el rodeo y sostener directamente la existencia de los distintos derechos procedimentales frente a la Administración de la UE sin tener que previamente efectuar el análisis de Derecho comparado e identificar el referido principio

⁷² MENDES, «Administrative Procedure, Administrative Democracy», en AUBY (dir.), *Droit comparé de la procédure administrative*, Bruylant, Bruxelles, 2016, *passim*.

⁷³ VON DANWITZ, «Kodifikationen des Verwaltungsverfahrenrechts auf EU-Ebene: Wirkungen und Perspektiven», en KAHL/MAGER (coords.), *Arbeitsgespräche zum Verwaltungsrecht. Band 5. Verwaltungsverfahren*, Nomos, Baden-Baden, 2025, p. 138, juez del TJ, considerando que ello no ha supuesto una modificación significativa de los principios generales de procedimiento administrativo previamente establecidos por el TJUE.

⁷⁴ Aunque no siempre se invoque dicho precepto y el TJUE a menudo argumente directamente sobre la base de tales principios o sobre las normas procedimentales de Derecho derivado que regulen la actuación concreta de la Administración de la UE.

⁷⁵ Así, p. ej., STPI de 20 de abril de 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij/ Comisión*, T-305/94, ECLI:EU:T:1999:80, apdos. 120-121.

común (que no siempre era realmente común y carecía, en muchos casos, a nivel nacional, del rango constitucional y de derecho fundamental presupuesto por el art. 6.3 TUE –antes del Tratado de Maastricht de 1992 ni siquiera existía este precepto y el TJUE solo disponía de la débil cobertura concedida por el art. 215.2 TCEE, actual art. 340.2 TFUE, en materia de responsabilidad extracontractual–). La diferencia en términos jurídicos y dogmáticos no es tan relevante como podría parecer, puesto que los derechos fundamentales son a menudo configurados y concebidos, precisamente, como *principios*, sujetos a ponderación, y no ya como reglas de aplicación subsuntiva y solución única⁷⁶. Pero los derechos, además de expresar mejor las pretensiones subjetivas tutelables en sede judicial, tienen una fuerza simbólica de la que carecen los meros principios, y su enunciación en la CDFUE facilita al TJUE un desarrollo propio, autónomo, en su aplicación a la Administración de la UE, desvinculado de la evolución nacional.

De manera significativa, el TJUE sigue empleando el rodeo y refiriéndose a los principios generales del Derecho de la Unión (también al largo «principio general del Derecho de la Unión relativo al derecho a la buena administración») cuando interpreta el art. 41 CDFUE en su aplicación a los *Estados miembros*, ya sea en el marco de cuestiones prejudiciales sobre la ejecución indirecta del Derecho de la UE por parte de las Administraciones nacionales⁷⁷, o cuando son los propios Estados los que alegan el art. 41 CDFUE al participar en un procedimiento administrativo tramitado por la Administración de la UE y quiere evitarse la objeción de que no son «personas» a los efectos de dicho precepto⁷⁸.

Sea como fuere, no se observa una profundización jurisprudencial de las garantías procedimentales como consecuencia de este enfoque actual centrado en indiscutibles «derechos» de la ciudadanía y las empresas, que el TJUE no ha enfatizado. Ello quizá obedezca a la voluntad de asegurar un cierto *paralelismo*⁷⁹ en las garantías que el art. 41 CDFUE supone en la actuación de la Administración de la UE y de las Administraciones nacionales cuando ejecutan el Derecho de la UE. Pero este sería un efecto limitante indeseado del art. 41 CDFUE, pues nada impide una mayor profundización jurisprudencial y legislativa a nivel de la UE, como no la impide a nivel nacional, donde las leyes nacionales de procedimiento y los tribunales pueden incrementar e incrementan las exigencias mínimas comunes consagradas en dicho precepto. Esta dificultad, intrínseca a operar hermenéuticamente con textos constitucionales tan generales y de tan amplia aplicación subjetiva –indirecta– como el art. 41 CDFUE, es un argumento relevante para una mayor densificación de las garantías procedimentales previstas específicamente para la Administración de la UE en el Derecho derivado, ya sea a nivel sectorial o en una codificación general como la que luego se discutirá.

Una segunda observación general que puede hacerse tras la lectura de la jurisprudencia reciente del TJUE en la materia es que sigue acudiendo al derecho/principio de *buena administración* como el derecho/principio *paraguas* de otros derechos/principios procedimentales, carente de

⁷⁶ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., 2007, *passim*.

⁷⁷ Véase *supra* el apartado 2.4 y la STJ Országos de 2022 allí citada (apdo. 60) o la STJ de 10 de febrero de 2022, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, C-219/20, ECLI:EU:C:2022:89, apdo. 38.

⁷⁸ STJ de 20 de diciembre de 2017, *España/Consejo*, C-521/15, ECLI:EU:C:2017:982, apdos. 89 y 90.

⁷⁹ En general, sobre la necesidad de guardar el debido paralelismo entre la regulación jurídico-administrativa de la Administración de la UE y la de las Administraciones de los Estados miembros, SCHMIDT-ARMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2ª ed., 2004, pp. 387, 392, 399; SCHMIDT-ARMANN/KAUFHOLD, «Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht», en VOßKUHL/EIFERT/MÖLLERS (coords.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, 3ª ed., C. H. Beck, München, 2022, pp. 80-81.

sustantividad propia, que delineó el TPI en su jurisprudencia de los años noventa⁸⁰. Así se desprende de las sentencias que se irán citando en las próximas páginas, donde la buena administración se invoca como mera fórmula genérica traducida siempre a alguna de sus manifestaciones concretas ya desarrolladas previamente por la jurisprudencia (diligencia, imparcialidad, plazo razonable, audiencia, acceso al expediente, motivación)⁸¹.

En tercer lugar, y estrechamente relacionado con lo anterior, el TJUE no ha extraído ninguna consecuencia novedosa del reconocimiento expreso que el art. 41.1 CDFUE ha efectuado del derecho a un trato *equitativo*⁸². Algunos autores de la doctrina germana habían subrayado el potencial innovador que tenía el nuevo inciso⁸³, aunque seguramente se vieron condicionados por el flagrante error de traducción que contiene la versión alemana del precepto, que traduce por «*gerecht*» un adverbio que a todas luces debería haberse traducido por «*fair*»⁸⁴, como en las demás versiones lingüísticas del precepto y en la propia versión alemana del art. 47.2 CDFUE, donde se maneja el mismo concepto⁸⁵. El supuesto derecho a un trato equitativo no es, así, más que el derecho o derechos de defensa –a que se aludirá de inmediato– que se concreta(n) en el apartado 2 del art. 41 CDFUE, derechos que llevaban ya décadas reconocidos por el TJUE y que proceden –con las adaptaciones oportunas– del derecho a un «proceso [judicial] *equitativo*» consagrado a nivel europeo en 1950 por el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y recogido, después, en términos prácticamente literales, por el art. 47.2 CDFUE⁸⁶.

No me consta ninguna sentencia en la que el TJUE haya descartado en estos términos la autonomía de ese supuesto derecho a un trato equitativo, pero creo que ello puede inferirse con seguridad, por un lado, del hecho de que no haya una sola sentencia del TJ que (cuando se circunscribe la búsqueda a las que han aplicado el apartado 1 del art. 41 CDFUE⁸⁷) haga referencia alguna y específica al trato equitativo (todas las sentencias del TJ que interpretan específicamente dicho apartado se refieren, sobre todo, al derecho a un trato imparcial, y, en alguna ocasión, al derecho al plazo razonable); y, por otro lado, de la circunstancia de que el TJ

⁸⁰ Véase *supra* el apartado 2.2.

⁸¹ Consideran que el derecho a una buena administración del art. 41 CDFUE va más allá de la mera consagración de los derechos procedimentales previamente reconocidos por el TJUE, vinculándolo también a exigencias de calidad y eficacia administrativa, entre otros, CHEVALIER, «Principe de bonne administration», en AUBY/DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dirs.), *Traité de droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2022, pp. 3-5; y FEHLING, en TERHECHTE (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2ª ed., 2022, nm. 8-9 y 78.

⁸² «Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y *equitativamente* y dentro de un plazo razonable».

⁸³ Así, entre otros, GRZESZICK, «Das Grundrecht auf eine gute Verwaltung. Strukturen und Perspektiven des Charta-Grundrechts auf eine gute Verwaltung», *Europarecht*, 2006, pp. 166, 175-178.

⁸⁴ Como apunta FEHLING, en TERHECHTE (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2ª ed., 2022, nm. 42.

⁸⁵ Mientras en la versión española e inglesa, p. ej., se emplea el mismo término en ambos preceptos («*equitativamente*», «*fairly/fair*»), en la alemana se usa el adverbio «*gerecht*» en el art. 41 y el adjetivo «*fair*» en el art. 47, lo que podía inducir diferenciaciones interpretativas.

⁸⁶ Sobre los orígenes de la equidad procedimental-procesal en el *fair trial* anglosajón y sus exigencias de configuración adecuada y acceso a un procedimiento contradictorio con derechos procedimentales e igualdad de armas FEHLING, en TERHECHTE (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2ª ed., 2022, nm. 43. Para este autor el trato equitativo es una mera directriz para la configuración de conjunto del procedimiento, que puede servir para cubrir lagunas de las garantías más específicas del art. 41.2 CDFUE (nm. 42).

⁸⁷ Utilizando para ello la útil función de «citas de jurisprudencia o de legislación» del formulario de búsqueda del TJUE (<https://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es>). El nuevo formulario de búsqueda implementado en enero de 2026 no contiene tal funcionalidad, pero es de esperar que se incorpore a la interfaz de búsqueda avanzada que se pondrá en marcha «próximamente» según la web del TJUE.

considere que el apartado 2 del precepto *concreta* el derecho genéricamente enunciado en el apartado 1 (el propio apartado 2 comienza señalando que «[e]ste derecho incluye *en particular*»).

En cuarto lugar, como se acaba de señalar, el TJUE sigue concibiendo a las principales garantías procedimentales del art. 41 CDFUE como *derechos de defensa*, subrayando así –como corresponde a todo tribunal– la función de garantía de los derechos de las personas afectadas propia del procedimiento administrativo⁸⁸. El TJUE califica al derecho o derechos de defensa (utiliza indistintamente la expresión en singular y en plural) como un derecho fundamental y un principio general del Derecho de la Unión consagrado en el apartado 2 del art. 41 CDFUE, vinculado especialmente a sus letras *a)* (derecho de audiencia) y *b)* (derecho de acceso al expediente)⁸⁹. El derecho de defensa no se agota, sin embargo, en tales garantías principales, sino que según el TJUE incluye otras conexas como el derecho a prueba, a la asistencia letrada, a la protección del secreto profesional de los abogados o el derecho a no autoincriminarse⁹⁰. La ya tradicional incorporación por parte del TJUE de las garantías del procedimiento administrativo en el genérico derecho de defensa ha podido acabar teniendo alguna influencia en el legislador español, que ha extendido parcialmente la reciente Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa (LODD), a todo procedimiento administrativo (arts. 2 y 3.7)⁹¹.

Una quinta observación general que merece ser destacada es que, pese a que la jurisprudencia del TJUE haya sido elaborada, a lo largo de los años, en gran medida, en casos de sanciones administrativas (señaladamente, en materia de defensa de la competencia), no ha subrayado nunca tanto como la jurisprudencia española las particularidades de los *procedimientos sancionadores*. Las principales garantías del art. 41 CDFUE se extienden a todo tipo de decisiones desfavorables⁹², sin que las de carácter sancionador reciban un tratamiento *cualitativamente* distinto, como ocurre en España, donde son las únicas que gozan de la protección añadida propia de los derechos fundamentales. Por supuesto, influye en ello la circunstancia de que, a nivel judicial de la UE, no exista una acción específica como el recurso de amparo español, reservado a determinadas infracciones del ordenamiento, que haya que administrar con prudencia.

En sexto lugar, la jurisprudencia del TJUE, al igual que el Derecho derivado, en general, se caracteriza por conceder una protección mucho menor que la española o la alemana a los *terceros* interesados, aquellos a los que no va dirigida la decisión de que se trate, y que puedan verse

⁸⁸ Sobre esta función principal y las muchas otras que corresponden al procedimiento administrativo, en general, MIR PUIGPELAT, en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO/DOMÉNECH PASCUAL/ARROYO JIMÉNEZ (coords.), *Tratado de Derecho administrativo*, v. II, 2025, nm. 44-64.

⁸⁹ STJ de 25 de octubre de 2011, *Solvay/Comisión*, C-109/10 P, ECLI:EU:C:2011:686, apdos. 52 y 53; STJ de 30 de noviembre de 2023, *Sistem ecologica/Comisión*, C-787/22 P, ECLI:EU:C:2023:940, apdos. 150 y 158; STJ de 3 de julio de 2025, *Parlamento/TC*, C-529/23 P, ECLI:EU:C:2025:521, apdo. 86; STG de 15 de junio de 2022, *Qualcomm/Comisión (Qualcomm – pagos por exclusividad)*, T-235/18, ECLI:EU:T:2022:358, apdos. 156-158.

⁹⁰ El TJUE suele incluir las dos primeras en el derecho de audiencia, como se verá al estudiar este.

⁹¹ Al respecto SANTAMARÍA PASTOR, «El derecho de defensa ante las Administraciones Públicas», *Diario La Ley*, núm. 10656, 2025, *passim*.

⁹² Junto a esta formulación, contenida en el propio art. 41.2.a) CDFUE en relación con el derecho de audiencia, el TJUE maneja otras que expresan la misma idea, como p. ej. la de «decisiones que afecten significativamente a sus intereses» (STJ *Sistem ecologica* de 2023, apdo. 158), «un acto lesivo para una persona» (STG *Qualcomm* de 2022, apdo. 157) o «una medida individual adoptada respecto de ella y que la afecta negativamente» (STJ de 4 de abril de 2019, *OZ/BEI*, C-558/17 P, ECLI:EU:C:2019:289, apdo. 55).

afectados por ella⁹³. En un espacio territorial tan extenso como el de la UE, con tantos posibles afectados por las decisiones de largo alcance que adopta la Administración europea, los terceros son vistos en muchas ocasiones por dicha Administración y el propio legislador de la UE como meras fuentes de información relevante, como meros denunciante a los que conviene movilizar para garantizar el cumplimiento efectivo del Derecho de la Unión, y no como sujetos titulares de derechos necesitados de protección. Otras veces (p. ej., en materia de control de ayudas de Estado o de recuperación de fondos europeos), la desprotección de los terceros deriva de que las decisiones de la Administración de la UE se dirijan de forma inmediata a los Estados miembros, y no a los particulares que acabarán viéndose afectados. El TJUE respeta el tenor literal de las regulaciones sectoriales existentes y no adopta un papel activo elevando la protección de los terceros a los niveles propios de los países más tuitivos de la UE, negando que gocen de los derechos de defensa que corresponden a las personas contra las que se inicia el procedimiento⁹⁴. Ello no impide que los terceros puedan ostentar legitimación para interponer el *recurso de anulación* contra la decisión finalmente adoptada cuando se vean afectados de forma *directa e individual* en los términos requeridos por el art. 263.4 TFUE, y –tras la modificación de dicho precepto operada por el Tratado de Lisboa– hasta contra las normas administrativas («actos reglamentarios») que les afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución.

En séptimo lugar, la apreciación de existencia de *mala administración* por parte del Defensor del Pueblo Europeo supone «un mero indicio de violación del principio de buena administración» y no vincula al TJUE, que puede negarla al conocer del mismo asunto en el ejercicio de su función jurisdiccional⁹⁵.

Por último, debe subrayarse que la jurisprudencia del TJUE no aplica el art. 41 CDFUE al procedimiento de elaboración de *normas administrativas*, que se rige solo por las escasas exigencias procedimentales contenidas en otros preceptos de los Tratados y del Derecho derivado⁹⁶.

3.2. Aspectos destacados de la jurisprudencia del TJUE sobre las distintas garantías procedimentales desde la perspectiva española

A continuación, ante la extensión que requeriría un examen exhaustivo, se expondrán algunos aspectos de la jurisprudencia del TJUE sobre el alcance de las distintas garantías procedimentales

⁹³ FUENTETAJA PASTOR, *Derecho Administrativo Europeo*, 5ª ed., 2025, cap. X, apdo. III.2.2; FEHLING, en TERHECHTE (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2ª ed., 2022, nm. 35, 39 y 80.

⁹⁴ Véanse los pasajes elocuentes de sentencias relativas a ayudas de Estado como STPI de 25 de junio de 1998, *British Airways y otros/Comisión*, T-371/94, ECLI:EU:T:1998:140, apdos. 59 y 60; STG de 6 de abril de 2022, *Mead Johnson Nutrition (Asia Pacific) y otros/Comisión*, T-508/19, ECLI:EU:T:2022:217, apdo. 286. Es, en cambio, remarcable, la protección procedimental que se confiere a dos trabajadoras de la UE cuyas denuncias de acoso fueron archivadas sin darles la audiencia y el acceso –anonimizado– al expediente que el TJ considera debidos (la antes apuntada STJ OZ/BEI de 2019, apdos. 55-58; y STJ de 25 de junio de 2020, *HF/Parlamento*, C-570/18 P, ECLI:EU:C:2020:490, apdos. 59-70).

⁹⁵ Así lo ha señalado la STJ de 12 de enero de 2023, *HSBC Holdings y otros/Comisión*, C 883/19 P, ECLI:EU:C:2023:11, apdos. 244-246, en el caso de unas declaraciones poco afortunadas del comisario de Competencia que, a juicio del banco recurrente, deberían invalidar la sanción que le impuso la Comisión por revelar falta de imparcialidad. Véase, al respecto, *infra*, el apartado 3.2.b.

⁹⁶ Véase *supra* el apartado 2.5. El deber de diligencia, como principio general del Derecho de la Unión, también es aplicado por el TJUE a los procedimientos normativos (PASTOR MERCHANT, «¿Por qué lo llaman procedimiento cuando quieren decir expediente? Sobre las funciones dogmáticas del expediente administrativo», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, v. 4, 2021, p. 169).

frente a la actuación de la Administración de la UE que pueden resultar de especial interés desde la perspectiva española⁹⁷. Se seguirá, para ello, el orden del propio art. 41 CDFUE.

a. *El deber de diligencia, la seña de identidad del TJUE*

El TJUE asocia tres grandes garantías procedimentales al *apartado 1* del art. 41 CDFUE: el derecho a un *trato imparcial*, el derecho a que la Administración de la UE se pronuncie sobre los asuntos en un *plazo razonable*, y el antes apuntado *deber de diligencia*, que no se contempla expresamente ni en ese ni en ningún otro apartado del precepto, pero que el TJUE ha vinculado al primero de ellos por su conexión con el derecho al trato imparcial⁹⁸. De hecho, ya desde sus orígenes el TJUE también se ha referido a tal deber con expresiones como la obligación de «examen diligente e imparcial» o de «examinar minuciosa e imparcialmente» el asunto de que se trate. Como se ha señalado antes, el derecho a un trato equitativo que recoge también dicho apartado no ha dado lugar a desarrollos específicos y se traduce en los derechos de defensa del apartado 2.

El *deber de diligencia* (*duty of care*) es el aspecto más novedoso de la jurisprudencia del TJUE desde el punto de vista del ordenamiento español⁹⁹. Vinculado a los principios tradicionales de oficialidad e imparcialidad, adquiere una especial importancia a nivel de la UE, donde el TJUE le asigna una función específica de garantía de los interesados y lo conecta con su derecho de defensa, sirviendo así de enlace entre la potestad o poder¹⁰⁰ objetivo de investigación o instrucción (que comporta tanto la facultad, como la obligación de llevarla a cabo)¹⁰¹ y los derechos subjetivos de audiencia, acceso al expediente y motivación. Implica, de forma amplia, la obligación de examinar minuciosa e imparcialmente todos los datos y circunstancias pertinentes del asunto de que se trate, lo que supone tanto *investigar de oficio* todos aquellos aspectos que requieran una clarificación a los efectos de adoptar una decisión correcta, e

⁹⁷ Para un examen detenido de los principios generales del procedimiento administrativo elaborados por el TJUE se remite, entre otros, a SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, v. II, 1988, pp. 1135 ss.; MUÑOZ MACHADO, «Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 75, 1992, pp. 344 ss.; NEHL, *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, 1999, *passim*; PAREJO ALFONSO, «Los principios generales del Derecho administrativo comunitario», en PAREJO ALFONSO/DE LA QUADRA-SALCEDO/MORENO MOLINA/ESTELLA DE NORIEGA, *Manual de Derecho administrativo comunitario*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 66 ss.; TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, 2ª ed., 2006, pp. 370 ss.; DELLA CANANEA, «Il diritto amministrativo europeo e i suoi principi fondamentali», en DELLA CANANEA (coord.), *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 25 ss.; VON DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2008, pp. 412 ss., 530 ss.; CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, 4ª ed., 2011, pp. 436 ss.; GALETTA/HOFMANN/MIR PUIGPELAT/ZILLER, «The General Principles of EU Administrative Procedural Law», *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, núm. 5, 2015, *passim*; CRAIG, *EU Administrative Law*, 3ª ed., 2018, pp. 348 ss.; FEHLING, en TERHECHTE (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2ª ed., 2022, nm. 28 ss.

⁹⁸ Así, p. ej., STPI de 30 de enero de 2002, *max.mobil/Comisión*, T-54/99, ECLI:EU:T:2002:20, apdos. 48 y 49; STJ de 12 de mayo de 2022, *Klein/Comisión*, C-430/20 P, ECLI:EU:C:2022:377, apdos. 87 y 88.

⁹⁹ PONCE SOLÉ, «Los sujetos de la relación jurídico-administrativa y su participación en el procedimiento administrativo», en PAREJO ALFONSO/VAQUER CABALLERÍA (dirs.), *Estudios sobre el procedimiento administrativo. III. Instituciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 128.

¹⁰⁰ El TJUE no emplea la vaga noción española de «potestad», aunque el término se utilice en las versiones castellanas de sus sentencias cuando se refiere al ejercicio de poderes («powers»). Sobre el concepto español, extensamente, GAMERO CASADO (dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, 2021, *passim*, denunciando su hipertrofia RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Redimensionar las potestades administrativas. La hipertrofia de un concepto en el derecho administrativo español», *Revista de Administración Pública*, núm. 226, 2025, *passim*.

¹⁰¹ Como se ha señalado *supra* en el apartado 2.1, el art. 213 TCEE ya atribuyó desde un primer momento amplios poderes de investigación a la Comisión para el desarrollo eficaz de sus funciones.

incorporarlos al expediente¹⁰², como *tomar en la debida consideración*, al adoptar y motivar dicha decisión, todos los elementos relevantes del asunto, también los que sean favorables a los interesados, que consten en el expediente, ya sean aportados por estos al ejercer su derecho de audiencia, u obtenidos por la Administración por otras vías.

Un ejemplo muy instructivo y relevante a varios niveles de la operatividad del deber de diligencia lo proporciona el célebre caso *Kadi*, en el que el TJ señaló que la Administración de la UE (en la segunda ocasión en que se ocupó del asunto) no solo debería haber examinado «de modo cuidadoso e imparcial» las alegaciones y pruebas aportadas por el Sr. Kadi en el trámite de audiencia, sino recabar, a la vista de estas, «los datos o pruebas, confidenciales o no», que necesitara para ejercer dicho examen, solicitando para ello la colaboración del Consejo de Seguridad de la ONU (que, al requerir a la UE la congelación de los fondos de aquel, se había limitado a facilitar un resumen de los motivos a fin de omitir datos confidenciales)¹⁰³.

Aunque el mayor desarrollo del deber de diligencia ha tenido lugar en procedimientos iniciados de oficio¹⁰⁴, el TJUE no excluye su operatividad en procedimientos iniciados a instancia de parte¹⁰⁵, sin perjuicio de la obvia carga de aportación de información que en estos últimos corresponde al solicitante, y que imponen las propias normas de Derecho derivado que los regulan.

El deber de diligencia es el que la jurisprudencia más estrechamente ha vinculado al principio de buena administración y a la antes apuntada compensación¹⁰⁶ de los amplios *márgenes de apreciación* que el Derecho de la UE y el propio TJUE reconocen en muchos ámbitos a la Administración de la UE¹⁰⁷. Es, en todo caso, importante, no malinterpretar su alcance, que no es ni mucho menos ilimitado ni da pie a infinitas comprobaciones ni a constantes anulaciones. La eficacia administrativa es un valor fundamental para la Comisión y el propio TJUE, que emplea con moderación el deber de diligencia para corregir casos normalmente claros de falta del debido

¹⁰² PASTOR MERCHANT, *RDPTM*, v. 4, 2021, pp. 169 ss. Aunque el TJUE, menos formalista, no subraye tanto como la legislación española (art. 70 y concordantes LPAC) la necesidad de formar adecuadamente el expediente administrativo, y no lo mencione expresamente al referirse al deber de diligencia, parece claro que presupone la incorporación al mismo de todos los elementos que la Administración ha de recabar en virtud de dicho deber, cuando enfatiza la importancia del derecho de acceso al expediente de los interesados para su adecuada defensa y cuando señala, como se verá en el apartado 3.2.d, que una de las dos grandes funciones del trámite de audiencia es «instruir el expediente y determinar los hechos de la manera más precisa y correcta posible».

¹⁰³ STJ de sentencia de 18 de julio de 2013, *Comisión y otros/Kadi*, C-584/10 P, ECLI:EU:C:2013:518, apdos. 114, 115 y 135. Para más detalles sobre este caso véanse, *infra*, los apartados 3.2.d y 3.2.e.

¹⁰⁴ Incluso masivos, como en materia aduanera (FEHLING, en TERHECHTE [ed.], *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2ª ed., 2022, nm. 30).

¹⁰⁵ STJ *Klein* de 2022, apdo. 88, señalando que el deber de diligencia rige «en cualquier procedimiento administrativo» y requiere también «un examen diligente e imparcial de todos los aspectos pertinentes de las solicitudes que se le presenten» a la autoridad administrativa (cursivas añadidas).

¹⁰⁶ FEHLING, en TERHECHTE (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2ª ed., 2022, nm. 30 considera que sirve así de mecanismo de protección procedimental de los derechos fundamentales materiales (de *Grundrechtsschutz durch Verwaltungsverfahren*, en la conocida construcción alemana).

¹⁰⁷ Véase, p. ej., recientemente, la STJ de 4 de mayo de 2023, *BCE/Crédit lyonnais*, C-389/21 P, ECLI:EU:C:2023:368, apdos. 55-57 y 72, en la que el TJ revoca la STG de instancia al considerar que no había habido infracción del deber de diligencia en la decisión controvertida adoptada por el Banco Central Europeo (BCE) y que «el Tribunal General no efectuó el control del error manifiesto de apreciación que le incumbía, de conformidad con la jurisprudencia recordada en los apartados 55 a 57 de la presente sentencia, sino que sustituyó la apreciación del BCE por la suya propia en un caso en el que, sin embargo, este último goza de un amplio margen de apreciación».

cuidado en la instrucción o la resolución del procedimiento respectivo¹⁰⁸. El deber de diligencia del TJUE tiene además un marcado carácter procedimental (en un sentido amplio, como proceso administrativo de toma de decisiones, aunque desemboque en actuaciones desfavorables meramente informales¹⁰⁹) y no implica un derecho a exigir la tramitación de oficio de procedimientos o a obtener prestaciones administrativas.

b. El elevado estándar de imparcialidad fijado por el TJUE

De gran interés para el Derecho español son también los numerosos pronunciamientos del TJUE relativos al derecho a un *trato imparcial*. Su jurisprudencia revela una aproximación amplia, funcional y exigente a los conflictos de interés, en la que basta la *mera apariencia* de falta de imparcialidad, apreciada razonablemente por terceros, para inhabilitar a la persona o personas en cada caso afectadas (un alto cargo, un empleado público, un experto de un comité científico, etc.) y cuestionar la decisión en cuya gestación haya podido influir.

Junto a la imparcialidad *subjetiva* (en cuya virtud «ninguno de los miembros de la institución interesada debe tomar partido ni tener prejuicios personales»)¹¹⁰, el TJUE destaca la necesidad de observar la que denomina imparcialidad *objetiva*, desvinculada del comportamiento específico de la persona en cuestión, y que debe asegurarse por la Administración implicada a través de una adecuada configuración y organización del procedimiento decisorio de que se trate, de modo que ofrezca «garantías suficientes para descartar *cualquier duda legítima* acerca de un posible prejuicio»¹¹¹.

Esta distinción entre imparcialidad subjetiva y objetiva va en la línea seguida, en materia judicial, por el TEDH¹¹², y difiere de la efectuada por el Tribunal Constitucional español¹¹³.

En sus sentencias, el TJ establece, p. ej., que *no se requiere acreditar* la existencia de falta de imparcialidad, bastando con que exista una duda legítima a este respecto y que no pueda

¹⁰⁸ Así lo revelan casos emblemáticos como los citados *supra*, en el apartado 2.2, o el de la STJ de 21 de noviembre de 1991, *Technische Universität München*, C-269/90, ECLI:EU:C:1991:438, apdos. 14 y 22.

¹⁰⁹ Como en el caso del envío de un fax perjudicial de la STPI *New Europe Consulting* de 1999 antes examinado.

¹¹⁰ Cuando se pone en tela de juicio la imparcialidad subjetiva se examina la concreta actuación de la persona de que se trate. Al respecto, p. ej., la STJ *HSBC Holdings* de 2023 a que se ha hecho referencia *supra*, al final del apartado 3.1, considerando que las declaraciones del comisario en cuestión, pese a mostrar «un lenguaje que no corresponde a la circunspección que cabría esperar del miembro de la Comisión responsable de la política de la competencia en el contexto de un asunto en curso», «no pueden generar dudas sobre la imparcialidad con la que la Comisión llevó a cabo su investigación sobre la infracción de que se trata», al limitarse a informar al público sobre la investigación en curso, sin sugerir una toma de partido por parte de dicho comisario o un prejuicio sobre la culpabilidad del banco afectado (apdos. 237, 238, 242 y 243).

¹¹¹ STJ de 27 de marzo de 2019, *August Wolff y Remedia/Comisión*, C-680/16 P, ECLI:EU:C:2019:257, apdos. 24-27; STJ de 21 de octubre de 2021, *Parlamento/UZ*, C-894/19 P, ECLI:EU:C:2021:863, apdos. 51-54; STJ *Sistem ecologica* de 2023, apdo. 121; STJ de 1 de febrero de 2024, *Scania y otros/Comisión*, C-251/22 P, ECLI:EU:C:2024:103, apdo. 70; STJ de 14 de marzo de 2024, *D & A Pharma/Comisión y EMA*, C-291/22 P, ECLI:EU:C:2024:228, apdos. 72 y 73; STJ de 3 de julio de 2025, *Instituto Cervantes/Comisión*, C-534/23 P, ECLI:EU:C:2025:523, apdo. 165; STJ de 5 de febrero de 2026, *Puigdemont i Casamajó y otros/Parlamento*, C-572/23 P, ECLI:EU:C:2026:70, apdos. 87 y 130.

¹¹² STEDH de 15 de octubre de 2009, *Micallef contra Malta*, apdos. 93-99, con ulteriores referencias.

¹¹³ En sentencias como la STC (Pleno) 133/2014, de 22 de julio (BOE núm. 199, de 16 de agosto de 2014) (FJ 3) y las allí citadas, donde se asocia la imparcialidad subjetiva a la falta de relaciones indebidas del juez con las *partes*, y la objetiva a la imparcialidad referida al *objeto* del proceso (mediante esta última «se asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él»).

disiparse¹¹⁴; que el hecho de que la persona de cuya imparcialidad quepa legítimamente dudar forme parte de un órgano *colegiado*, que ni siquiera adopta la decisión controvertida, no excluye la imparcialidad si su intervención ha podido tener una *influencia significativa* en la misma¹¹⁵; que la falta de imparcialidad en una fase procedimental puede invalidar la decisión que acabe adoptando otra autoridad de la UE en una fase posterior¹¹⁶; que la debida imparcialidad objetiva puede garantizarse designando a otra persona que no genere dudas de parcialidad¹¹⁷; que el conocimiento previo de los hechos por quienes participan en el procedimiento administrativo, o su intervención en procedimientos relacionados, no constituye por sí mismo un vicio de falta de imparcialidad¹¹⁸, y que la debida imparcialidad no exige separar las funciones de instrucción y resolución en aquellos casos en que no lo impone el Derecho derivado¹¹⁹; o que, al determinar el número de votos *necesarios* para alcanzar la mayoría reforzada eventualmente requerida en un órgano colegiado para la adopción de una decisión, el cálculo debe efectuarse sin considerar el número de miembros que han debido abstenerse¹²⁰.

Tales pronunciamientos fijan un estándar más elevado del que se deriva de las normas de Derecho derivado, que no contemplan el derecho a recusación¹²¹ y que regularon antes la

¹¹⁴ STJ *August Wolff* de 2019, apdo. 37; STJ *Parlamento/UZ* de 2021, apdo. 54.

¹¹⁵ STJ *August Wolff* de 2019, apdos. 24-43; STJ *D & A Pharma* de 2024, apdos. 71-118. En esta última e interesante sentencia, el TJ revoca la STG de instancia y anula una decisión de la Comisión denegatoria de la autorización de un medicamento porque esta se basó en un dictamen de la EMA en cuya gestación había intervenido (en la fase de reexamen, y sin siquiera participar en las deliberaciones finales y la votación del grupo de expertos en cuestión) un experto que era, al mismo tiempo, investigador principal del ensayo clínico europeo de fase 3 de un producto rival (un medicamento similar desarrollado por otra compañía). El TJ afirma que la participación de dicha persona en los debates del grupo de expertos cuya opinión ejerce «una influencia, potencialmente decisiva, en el dictamen de la EMA y, a través de este dictamen, en la decisión de la Comisión», «por su propia naturaleza, no es adecuada para garantizar que el procedimiento de reexamen de que se trate se desarrolle de manera imparcial» (apdos. 76 y 114, cursivas añadidas). El TJ vuelve a señalar aquí que no puede exigirse al recurrente que aporte «la prueba de indicios concretos de parcialidad, como declaraciones o tomas de posición del experto de que se trate dentro del grupo de expertos del que forma parte», que «la imparcialidad objetiva se aprecia con independencia del comportamiento específico de la persona de que se trate», y que, en todo caso, «las declaraciones y tomas de posición en el marco de los trabajos de ese grupo son confidenciales», por lo que «es imposible determinar la influencia ejercida por los expertos de que se trate» (apdo. 80).

¹¹⁶ STJ *España/Consejo* de 2017, apdo. 94; STJ *August Wolff* de 2019, apdo. 28.

¹¹⁷ STJ *Parlamento/UZ* de 2021, apdo. 61.

¹¹⁸ STJ *Sistem ecologica* de 2023, apdo. 121; STJ *Scania* de 2024, apdos. 70, 77 y 79, señalando incluso que «un cambio del equipo responsable de un expediente dentro de la Comisión sería incluso contrario a los principios de buena administración y de tramitación en un plazo razonable del procedimiento administrativo» (apdo. 77). En la STJ *August Wolff* de 2019 sí se afirma el vicio de falta de imparcialidad y se anula la STG de instancia al considerar que la participación, en el procedimiento de renovación de la autorización de comercialización de un medicamento, como ponente principal del Comité respectivo de la EMA, de una empleada de la autoridad nacional (el BfArM de Alemania) que había rechazado con anterioridad la solicitud de renovación, siendo incluso demandada en un recurso pendiente ante los tribunales alemanes, comportaba que «un tercero podía considerar legítimamente que dicha autoridad, al solicitar el dictamen del Comité, continuaba defendiendo los intereses ya invocados en el plano nacional y que la actuación de las personas empleadas por esta autoridad y que intervienen en el procedimiento ante el Comité puede adolecer de parcialidad», y que «[e]n este contexto, el mero hecho de que el artículo 61, apartado 6, última frase, del Reglamento n° 726/2004 obligue a los Estados miembros a abstenerse de dar a los miembros de los comités y a los expertos cualquier instrucción incompatible con las funciones que les incumban y con las tareas y la responsabilidad de la EMA no disipa las dudas legítimas indicadas en el apartado anterior» (apdos. 39 y 40).

¹¹⁹ FEHLING, en TERHECHTE (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2ª ed., 2022, nm. 44.

¹²⁰ STJ de 30 de septiembre de 2021, *Tribunal de Cuentas/Pinxten*, C-130/19, ECLI:EU:C:2021:782, apdo. 211.

¹²¹ Críticamente FUENTETAJA PASTOR, *Derecho Administrativo Europeo*, 5ª ed., 2025, cap. X, apdo. IV.

exigencia de imparcialidad de los funcionarios de la UE frente a los intereses nacionales¹²², que frente a sus intereses personales¹²³.

c. *El plazo razonable en clave de proceso judicial*

Menos edificante resulta, desde la perspectiva española, la protección que el TJUE ofrece del derecho al *plazo razonable* establecido en el art. 41.1 CDFUE. Su jurisprudencia se ve sin duda condicionada por el Derecho derivado, que prima la eficacia administrativa y no establece casi nunca plazos máximos de resolución de los distintos procedimientos que tramita la Administración de la UE, que pueden alargarse durante mucho tiempo¹²⁴. El enfoque es, en realidad, similar al de la duración de los procesos judiciales, que también quedan sometidos a la norma abierta del «plazo razonable» en los arts. 47.2 CDFUE y 6.1 CEDH, y no a concretos plazos predeterminados.

El TJUE, además de mostrarse en general tolerante con la larga duración de los procedimientos de la Administración de la UE, cuando aplica los criterios de determinación del plazo razonable que se indicarán a continuación, niega efectos invalidantes automáticos a su vulneración, considerando que tal anulación debe producirse solo cuando la superación del plazo razonable haya podido influir en la decisión adoptada y, en particular, cuando haya menoscabado el derecho de defensa del interesado, al afectar el excesivo paso del tiempo a su capacidad para defenderse de forma eficaz (p. ej., porque ya haya destruido la documentación que podría ayudar a defenderle)¹²⁵.

Ello tiene la consecuencia importante de que la superación del plazo razonable, en los procedimientos sancionadores (en general, en los procedimientos de gravamen iniciados de oficio por la Administración de la UE), *no provoca su caducidad*, a diferencia de lo que sucede en nuestro Derecho administrativo (arts. 25.1.b), 84.1 y 95 LPAC), y al igual que ocurre en los procesos penales, cuya duración excesiva únicamente da lugar a que no pueda prolongarse la instrucción¹²⁶ y a que, en su caso, pueda apreciarse, al fijar la pena, la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas¹²⁷. No hay que perder de vista, en todo caso, que las muy elevadas sanciones que puede llegar a imponer la Administración de la UE, tanto en materia de defensa de la

¹²² Art. 11 del Estatuto de los funcionarios, ya presente en su versión inicial de 1961.

¹²³ Arts. 11 bis del Estatuto de los funcionarios y 61 del Reglamento financiero (R2509/24), definiendo los conflictos de interés de forma amplia y bastante indeterminada.

¹²⁴ Críticamente FUENTETAJA PASTOR, *Derecho Administrativo Europeo*, 5ª ed., 2025, cap. X, apdos. III.4 y IV.

¹²⁵ STPI *Limburgse Vinyl Maatschappij* de 1999 (cártel sobre PVC), apdo. 122; STG 15 de julio de 2015, *HIT Groep/Comisión*, T-436/10, ECLI:EU:T:2015:514, apdos. 242-245, subrayando que en materia de defensa de la competencia solo cabe anular en el caso apuntado de afectación del derecho de defensa del sujeto sancionado.

¹²⁶ Art. 324 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras su última modificación operada en 2020.

¹²⁷ Art. 21.6 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP), tras la modificación operada en 2010, que recogió de forma expresa la atenuante que había reconocido ya la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo por vía analógica.

competencia como en otros ámbitos¹²⁸, son a menudo tan o más graves que las que puedan fijarse, para las personas jurídicas, en un proceso penal¹²⁹.

Merece ser también destacado que el TJUE no recurra a la cuestionable¹³⁰ técnica del *silencio administrativo*, que solo muy ocasionalmente está contemplada en el Derecho derivado¹³¹, sin que ello impida que pueda acudir al TJUE en caso de falta de respuesta, con arreglo al recurso por omisión del art. 265 TFUE; que los criterios materiales de determinación del plazo razonable manejados por el TJUE puedan aplicarse a una *gran variedad de supuestos* (también p. ej. para determinar cuándo puede iniciarse una revisión de oficio¹³² o requerir que actúe la Administración de la UE¹³³), y no solo el plazo máximo de resolución; que en la valoración de la razonabilidad del plazo requerido se tengan en cuenta las exigencias temporales derivadas del cumplimiento del deber de diligencia antes examinado; o que se considere que el plazo excesivo puede llegar a desencadenar la reducción de la sanción impuesta¹³⁴ –como se ha visto que ocurre en materia penal–, o la responsabilidad extracontractual de la Administración de la UE¹³⁵.

Los criterios materiales que maneja el TJUE son similares a los que emplean el Tribunal Constitucional español y el TEDH, respectivamente, para la determinación de la existencia de dilaciones indebidas y del plazo razonable en un proceso judicial¹³⁶: la trascendencia del litigio para el interesado, la complejidad del asunto y de las diferentes fases del procedimiento seguido por la institución de la Unión, así como el comportamiento de las partes durante el procedimiento¹³⁷.

¹²⁸ P. ej., en materia de servicios digitales o de modelos de inteligencia artificial de uso general: arts. 64 a 83 del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales [...] (Reglamento de Servicios Digitales) y art. 101 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 [...] (Reglamento de Inteligencia Artificial) (RIA).

¹²⁹ Arts. 31 bis y 33.7 CP.

¹³⁰ Entre muchos otros, MIR PUIGPELAT, en VELASCO CABALLERO/DARNACULLETA GARDELLA (dirs.), *Manual de Derecho administrativo*, 3ª ed., 2025, nm. 91; FEHLING, en TERHECHTE (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2ª ed., 2022, nm. 46.

¹³¹ Así, p. ej., los arts. 10.6 R139/04 (silencio positivo en el procedimiento de autorización de una concentración), 90 del Estatuto de los funcionarios (silencio negativo en materia de solicitudes y recursos) y 11.4 del Reglamento (CE) n° 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre alimentos y piensos modificados genéticamente (silencio positivo provisional o cautelar, «hasta que se adopte una decisión», en el caso de solicitud de renovación de una autorización de comercialización de un alimento o pienso modificado genéticamente).

¹³² STJ de 26 de febrero de 1987, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo/Comisión*, C-15/85, ECLI:EU:C:1987:111, apdo. 12.

¹³³ Como ejemplifica la STJ *Klein* de 2022, y se afirma expresamente en su apdo. 91.

¹³⁴ STG *HIT Groep* de 2015, apdo. 246. Aunque, en el caso examinado, considera improcedente la reducción al entender justificado, por las razones de gran complejidad indicadas en el apartado 259, el largo plazo de ocho años que duró todo el procedimiento administrativo de sanción del cártel del acero en cuestión.

¹³⁵ STPI *Limburgse Vinyl Maatschappij* de 1999 (cártel sobre PVC), apdo. 122.

¹³⁶ STC (Pleno) 54/2014, de 10 de abril (BOE núm. 111, de 7 de mayo de 2014), FJ 4, y las allí citadas, siguiendo expresamente la jurisprudencia del TEDH.

¹³⁷ STJ *Klein* de 2022, apdo. 86, señalando que no se trata de un listado exhaustivo de criterios, que deban ser examinados en cada caso de forma sistemática por el juez de la Unión, y remitiendo de forma general a las circunstancias propias de cada asunto. En este asunto, ciertamente singular, el TJ considera que no se vulneró el plazo razonable al reclamar el recurrente la actuación de la Comisión *veintiún años* después de que esta hubiera recibido la notificación de la cláusula de salvaguardia que aquel solicita que se tramite a fin de poder comercializar el inhalador que había prohibido Alemania. Durante ese largo plazo el recurrente había ejercido múltiples

d. *El derecho de audiencia como clave de bóveda del derecho de defensa*

El apartado 2 del art. 41 CDFUE recoge, como ya nos consta, las garantías por excelencia del procedimiento administrativo: los derechos de audiencia («a ser oído», en Derecho de la UE) y acceso al expediente, que constituyen el núcleo de los derechos de defensa, y la obligación de motivación, presente en los Tratados desde el TCEE. Tales garantías son también centrales en Derecho administrativo español, donde poseen un alcance algo distinto al delineado por el TJUE.

El *derecho de audiencia*, como ya sabemos, comenzó siendo contemplado en materia de ayudas de Estado por el art. 93.2 TCEE, fue recogido por las primeras normas de Derecho derivado y generalizado por sentencias como la STJ *Transocean* de 1974. En muchos ordenamientos supone la esencia misma del procedimiento administrativo, y constituye también la clave de bóveda del derecho de defensa para el TJUE.

Un resumen reciente de su contenido básico lo contiene la STJ *Parlamento/TC* de 2025:

«En particular, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el derecho a ser oído, consagrado en el artículo 41, apartado 2, letra a), de la Carta, debe respetarse en todo procedimiento que pueda terminar en un acto lesivo y garantiza a cualquier persona la posibilidad de expresar de manera adecuada y efectiva su punto de vista durante el procedimiento administrativo y antes de que se adopte cualquier decisión que pueda afectar desfavorablemente a sus intereses (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de junio de 2020, Comisión/RQ, C 831/18 P, EU:C:2020:481, apartado 67 y jurisprudencia citada)»¹³⁸.

La *doble función* de garantía del acierto de la decisión administrativa y de protección de los derechos del interesado que le otorga el TJUE, en términos similares a los habituales en España –aunque mejor conectados con el deber de diligencia–, se resume bien en la STJ *Parlamento/UZ* de 2021 (apdo. 90):

«Además, según reiterada jurisprudencia, el derecho a ser oído persigue un doble objetivo. Por una parte, sirve para instruir el expediente y determinar los hechos de la manera más precisa y correcta posible y, por otra parte, permite garantizar una protección efectiva del interesado. El derecho a ser oído tiene por objeto, en particular, garantizar que cualquier decisión que afecte negativamente a una persona se adopte con pleno conocimiento de causa y tiene, en particular, la finalidad de permitir a la autoridad competente corregir un error o a la persona afectada invocar elementos relativos a su situación personal que militen en el sentido de que se adopte la decisión, de que no se adopte o de que tenga un contenido u otro (véase la sentencia de 4 de junio de 2020, SEAE/De Loecker, C 187/19 P, EU:C:2020:444, apartado 69 y jurisprudencia citada)».

Pese a que el tenor literal del art. 41.2.a) CDFUE, al circunscribirlo a las medidas individuales *desfavorables*, pueda parecer restrictivo (en comparación con el art. 82 LPAC), en realidad se trata de una formulación muy amplia, que permite una interpretación flexible por parte del TJUE, adaptada a las necesidades reales de defensa de cada caso concreto. Por un lado, la referencia a toda «medida» individual, y no a una «decisión» en el sentido estricto del art. 288.4 TFUE,

acciones, incluso ante el TJUE, y la propia Comisión había considerado tramitar el referido procedimiento mucho tiempo después de haber recibido aquella notificación.

¹³⁸ STJ de 3 de julio de 2025, *Parlamento/TC*, C-529/23 P, ECLI:EU:C:2025:521, apdo. 87.

posibilita extender la garantía del trámite de audiencia a *todo tipo de actuaciones administrativas*, también informales¹³⁹, siempre que tengan efectos desfavorables para el sujeto en cuestión. Es lo que sucedió, p. ej., en el caso del envío del fax perjudicial de la STPI *New Europe Consulting* de 1999 a que antes se ha hecho referencia. De esta forma, el precepto permite superar las limitaciones derivadas del concepto español de procedimiento administrativo y de la resolución vinculante que le pone fin (que es el marco en que se sitúa el referido art. 82, y también el art. 53.1.e) LPAC), y conferir la adecuada tutela en otras situaciones sin formalizar excesivamente toda actuación administrativa.

Por otro lado, la interpretación amplia y sustantiva que el TJUE efectúa del carácter desfavorable de la medida, que engloba a toda aquella que pueda tener efectos negativos o lesivos, o que afecte significativa o considerablemente a los intereses de la persona en cuestión (según algunas de las expresiones equivalentes manejadas por la jurisprudencia), sujeta al derecho de audiencia tanto los procedimientos de gravamen iniciados de oficio, como aquellos iniciados *a instancia de parte* que la puedan requerir (al igual que ocurre con los arts. 53.1.e) y 82 LPAC). Este fue el caso, precisamente, de la STJ *Transocean*, en el que fueron las empresas recurrentes las que habían solicitado la exención a la que la Comisión impuso condiciones muy gravosas sin ofrecerles antes la posibilidad de discutirlos¹⁴⁰.

El derecho de audiencia se traduce en una serie de garantías concretas destinadas a asegurar que el interesado pueda expresar su punto de vista «de manera adecuada y efectiva», y que incluyen la concesión de un *plazo suficiente* para presentar «oportunamente» sus observaciones (en un enfoque sustantivo como el que recoge también el art. 3.6 LODD –al aludir a un «plazo de antelación razonable»–¹⁴¹ y que huye de los breves y estereotipados plazos del art. 82.2 LPAC)¹⁴², la posibilidad de conocer «los elementos en los que la Administración vaya a basar su decisión» (lo que conecta directamente con el derecho de acceso al expediente), de aportar *pruebas*¹⁴³ y formular todo tipo de alegaciones, y de estar asistido de *abogado*¹⁴⁴. Tales garantías se ven reforzadas por la importante *prohibición de tomar en consideración*, al adoptar la decisión de que se trate, *hechos* sobre los que *no* haya podido *pronunciarse* el interesado, y que se encuentra

¹³⁹ A favor de ello FEHLING, en TERHECHTE (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2ª ed., 2022, nm. 66.

¹⁴⁰ Son también procedimientos iniciados a instancia de parte los resueltos, p. ej., por la STJ *OZ/BEI* de 2019, apdo. 55 (calificando expresamente a la desestimación de una denuncia como medida individual desfavorable a los efectos del art. 41.2.a) CDFUE); y la STJ *Parlamento/UZ* de 2021.

¹⁴¹ SANTAMARÍA PASTOR, *Diario La Ley*, núm. 10656, 2025, p. 5.

¹⁴² Incluso en el ámbito más formalizado de defensa de la competencia, es la propia Comisión la que fija el plazo concreto en cada caso (arts. 10.2 y 13.1 R773/04). Es también habitual que las normas de Derecho derivado establezcan un plazo *mínimo* que debe concederse para la audiencia.

¹⁴³ Aunque la regulación de los medios y la práctica de la prueba es solo ocasional en el Derecho derivado (FEHLING, en TERHECHTE [ed.], *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2ª ed., 2022, nm. 28).

¹⁴⁴ STJ *Transocean* de 1974, apdo. 15; STJ de 29 de enero de 1985, *F./Comisión*, C-228/83, ECLI:EU:C:1985:28, apdo. 23; STJ *Országos* de 2022, apdos. 45-47; STJ de 25 de abril de 2024, *NW (Informations classifiées)*, C-420/22, ECLI:EU:C:2024:344, apdos. 89-91; STJ de 27 de febrero de 2025, *Adjak*, C-277/24, ECLI:EU:C:2025:130, apdo. 51. Las tres últimas manejan, como muchas otras, la expresión «dar a conocer *oportunamente* su punto de vista», algo ambigua, pero que implica disponer de un plazo suficiente, en función de la complejidad del asunto, para poder estudiar los «elementos» («la información», en la versión inglesa) de que dispone la Administración y preparar debidamente las observaciones y pruebas que se presentarán. El referido adverbio se traduce en inglés por «*effectively*», en francés por «*utilement*» y en alemán por «*sachdienlich*». Estas tres sentencias, por cierto, resuelven cuestiones prejudiciales y señalan que la doctrina apuntada resulta también aplicable a los Estados miembros cuando adoptan decisiones desfavorables sometidas al Derecho de la Unión, lo que puede llevar a cuestionar los breves plazos del art. 82.2 LPAC en casos complejos en que resulten manifiestamente insuficientes.

recogida expresamente en ámbitos como el Derecho de la competencia (arts. 27.1 R1/03, 11.2 R773/04 y 18.3 R139/04)¹⁴⁵.

El derecho de audiencia puede *exceptuarse* en algunos supuestos debidamente justificados, que el TJUE interpreta de forma restrictiva, a la luz de las condiciones impuestas por el art. 52.1 CDFUE para la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales. Esta interpretación restrictiva se ha puesto claramente de manifiesto en los diferentes asuntos relacionados con la congelación de fondos relacionados con la financiación del terrorismo internacional de que ha tenido que conocer en los últimos años, entre los que se encuentra el caso *Kadi*, que dio lugar a dos sentencias del TPI/TG y dos del TJ, la última de 2013, que ya conocemos. En tales asuntos, el TJ solo ha permitido que, a fin de garantizar el efecto sorpresa y que la medida en cuestión no pierda la eficacia pretendida, en caso de la decisión *inicial* de congelación de fondos el trámite de audiencia y el deber de motivación se *pospongan* al momento en que se adopte dicha decisión o inmediatamente después. En cambio, cuando la persona ya ha sido incluida en la lista correspondiente, y se trata de renovar su inclusión, el trámite de audiencia debe practicarse con la debida antelación, sin excepciones¹⁴⁶.

Salvo que haya reglas especiales de Derecho derivado, la audiencia puede ser *oral o escrita*. En Derecho de la competencia se contempla la posibilidad de efectuar una audiencia o vista oral complementaria de la escrita, muy formalizada y dirigida por un «consejero auditor» con plena independencia¹⁴⁷. Fuera de estos supuestos previstos expresamente en el Derecho derivado, el derecho de defensa no incluye el derecho a tal audiencia formal ante la Administración de la UE¹⁴⁸. El TJUE no predetermina el momento ni el número de ocasiones en que debe darse audiencia, ofreciendo su jurisprudencia muchos ejemplos de supuestos en que ha reputado necesario reiterarla a lo largo del procedimiento, al surgir cuestiones nuevas sobre las que debían pronunciarse los interesados. Resulta interesante la regla establecida por el Reglamento de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF; R883/13), en cuya virtud la audiencia se concederá «en cuanto haya terminado la investigación y antes de redactar conclusiones en las que figure por su nombre una persona implicada», a fin de que pueda presentar observaciones sobre los hechos que la afecten¹⁴⁹.

¹⁴⁵ FEHLING, en TERHECHTE (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2ª ed., 2022, nm. 32 considera generalizable esta prohibición, conocida en Derecho alemán como *Verwertungsverbot*.

¹⁴⁶ STJ de 3 de septiembre de 2008, *Kadi/Consejo y Comisión*, C-402/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, apdos. 333-340; STJ de 21 de diciembre de 2011, *Francia/People's Mojahedin Organization of Iran*, C-27/09 P, ECLI:EU:C:2011:853, apdos. 61-62; STJ *Kadi* de 2013, apdo. 113. En el caso *Kadi*, además, la inclusión en la lista la había acordado el Consejo de Seguridad de la ONU, a instancias de los Estados Unidos (sin trámite alguno de audiencia ni motivación), en una decisión vinculante para la UE que el TJ no duda en someter a pleno escrutinio judicial y a los derechos fundamentales de la CDFUE (entre ellos, el derecho a ser oído y a tutela judicial efectiva), anulando en las dos ocasiones los Reglamentos del Consejo (de la UE) y de la Comisión que la incorporaron al Derecho de la Unión.

¹⁴⁷ Arts. 14 R773/04 y 15 RE914/23. Los arts. 51.3 y 58.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y 19, 37 y 68 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, prevén vistas orales similares, aunque sin el referido consejero auditor y con una regulación más preocupada por mantener el orden en la sala que una auténtica contradicción con interrogatorios cruzados entre las distintas partes.

¹⁴⁸ STPI de 23 de octubre de 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran/Consejo*, T-256/07, ECLI:EU:T:2008:461, apdo. 93.

¹⁴⁹ Art. 9.4 del Reglamento (UE, Euratom) n° 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de septiembre de 2013, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF).

Como se ha señalado antes¹⁵⁰, la audiencia a *terceros* interesados encuentra importantes limitaciones en el Derecho derivado y la jurisprudencia, y el TJUE no extiende el derecho a ser oído a los procedimientos *normativos*, en que no hay una afectación «individual» de particulares¹⁵¹, y donde la participación de los distintos intereses se deja –salvo en los supuestos excepcionales en que la impone el Derecho derivado– al criterio de la Administración de la UE. También ha suscitado algunos problemas la garantía adecuada del derecho a ser oído en el caso de los procedimientos *compuestos*¹⁵². El TJUE tiende a exigir que la Administración de la UE dé audiencia siempre que adopte un acto con efectos externos en alguna de las fases que los integran, así como cuando adopte un acto con efectos internos (como un informe o dictamen dirigido a otra autoridad) que resulte vinculante o pueda causar perjuicios irreparables¹⁵³.

e. El derecho de acceso al expediente entre el derecho de defensa y la intensa protección de la confidencialidad

El segundo gran derecho procedimental que reconoce el art. 41.2 CDFUE, en su letra *b*), es el de acceso al expediente. El TJUE, como ya sabemos, lo concibe como un derecho *puramente instrumental* al servicio del derecho de audiencia y, de forma más general, del *derecho de defensa*, del que constituye su segundo gran componente. Esta concepción defensiva determina su alcance: debe poderse acceder a toda aquella información del expediente que pueda ser relevante para la defensa del interesado, *ni más ni menos*. Y explica por qué hay normas importantes de Derecho derivado que no se lo reconocen a los *terceros* a los que, excepcionalmente, concede el derecho de audiencia¹⁵⁴: porque, como se ha dicho¹⁵⁵, tales normas consideran, con el aval del TJUE, que su intervención en el procedimiento no responde a la necesidad de proteger sus derechos e intereses, sino a las meras necesidades informativas de la Administración de la UE. Como no se trata de tutelar sus derechos, sino solo de utilizarlos de fuente de información a fin de facilitar la tarea instructoria de la Administración y asegurar la corrección de la decisión que adopte, basta con oír lo que puedan aportar, sin concederles acceso a unos expedientes que suelen estar plagados de secretos comerciales y otros datos confidenciales, también de los Estados miembros.

Ni el Derecho derivado ni el TJUE lo conciben, por tanto, como un instrumento genérico de transparencia y control de la Administración, ni como el correlato inherente a un deber de formar expediente impuesto para garantizar la racionalidad y la eficacia administrativa. Tal deber,

Aunque el TJ niega que las personas investigadas por la OLAF tengan derecho de acceso al expediente, como se verá en el próximo apartado.

¹⁵⁰ *Supra*, en el apartado 3.1.

¹⁵¹ STJ de 14 de octubre de 1999, *Atlanta/Comunidad Europea*, C-104/97 P, ECLI:EU:C:1999:498, apdos. 35-38; STJ *AJD Tuna* de 2011, apdo. 49.

¹⁵² Véase al respecto *supra* el apartado 1. Extensamente, sobre las sentencias más destacadas y los problemas y contradicciones planteados, ALONSO DE LEÓN, *Composite Administrative Procedures in the European Union*, 2017, pp. 217-239.

¹⁵³ FEHLING, en TERHECHTE (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2ª ed., 2022, nm. 20, 59 y 60.

¹⁵⁴ Señaladamente, en materia de defensa de la competencia y control de ayudas de Estado, limitando el acceso al expediente a las empresas a las que irá dirigida la decisión de la Comisión (no a los denunciantes y otros terceros: arts. 27.3 R1/03, 15 R773/04, 18.3 R139/04 y 17 RE914/23) y al Estado miembro que ha concedido la ayuda investigada (no a la empresa que la ha recibido u otros terceros: arts. 6.2 y 24 R1589/15).

¹⁵⁵ *Supra*, en el apartado 3.1.

sencillamente, no existe a nivel de la Unión, donde no hay ninguna norma equiparable al art. 70 LPAC que regule el expediente y obligue siquiera a formarlo a la Administración de la UE. Las exigencias de eficacia administrativa ya vienen cubiertas por el deber de diligencia, y de la transparencia y el control se ocupa el (menguante) *derecho general de acceso* a los documentos del R1049/01 y los arts. 15 TFUE y 42 CDFUE¹⁵⁶. El TJUE se ha visto obligado a interpretar a la baja este último derecho, mediante la elaboración de una serie de controvertidas *presunciones generales de confidencialidad*, precisamente en los ámbitos en que el Derecho derivado (sobre todo, en materia de defensa de la competencia y de control de ayudas de Estado) deniega el acceso al expediente de los terceros a los que no va dirigida la decisión, a fin de mantener la coherencia entre ambos cuerpos normativos y evitar que los terceros burlen la deliberada confidencialidad buscada por el legislador sectorial acudiendo al derecho general de acceso del R1049/01¹⁵⁷. La concepción del derecho de acceso al expediente, puramente defensiva de los destinatarios de la decisión (y no de los terceros afectados), condiciona y limita, así, a nivel de la UE, el derecho general de acceso y la propia transparencia administrativa. Ello muestra, en todo caso, la estrecha relación que existe entre ambos tipos de derecho de acceso también en el Derecho de la UE, donde cabe ejercer el previsto en el R1049/01, como en España, durante la tramitación del procedimiento administrativo, sin esperar a que finalice¹⁵⁸.

Un buen resumen del alcance que el TJUE confiere al derecho de acceso al expediente y de la función esencialmente defensiva que le otorga puede encontrarse, de nuevo, en la STJ *Parlamento/TC* de 2025, que recoge un pasaje largamente repetido en la jurisprudencia europea¹⁵⁹:

«En cuanto al derecho a acceder al expediente, consagrado en el artículo 41, apartado 2, letra b), de la Carta, implica dar al interesado la posibilidad de examinar todos los documentos incluidos en el expediente de instrucción que puedan ser pertinentes para su defensa. Estos documentos comprenden tanto las pruebas de cargo como las de descargo, con excepción de los secretos comerciales, de los documentos internos de la institución de que se trate y de otras informaciones confidenciales (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de octubre de 2011, *Solvay/Comisión*, C 110/10 P, EU:C:2011:687, apartado 49 y jurisprudencia citada)» (apdo. 88).

Como expresamente señala el TJUE, el derecho incluye el acceso a todos los datos y documentos que sean *pertinentes* o *relevantes para la defensa*, incluyendo las pruebas de descargo (no solo las

¹⁵⁶ La regulación del R1049/01, que en su momento supuso un modelo a seguir en España, ha quedado superada, en cuanto al alcance que concede a la transparencia administrativa, por la vigente –y también mejorable– Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. El potencial del R1049/01 se ha visto mermado, en particular, por las presunciones generales de confidencialidad que se mencionan a continuación.

¹⁵⁷ STJ de 29 de junio de 2010, *Comisión/Technische Glaswerke Ilmenau*, C-139/07 P, ECLI:EU:C:2010:376, apdos. 59-61; STJ de 4 de septiembre de 2018, *ClientEarth/Comisión*, C-57/16 P, ECLI:EU:C:2018:660, apdo. 81. Al respecto, MIR PUIGPELAT, *Transparencia y procedimiento administrativo. El derecho de acceso al expediente y su conexión con el derecho de acceso a información pública*, 2019, nm. 106-113.

¹⁵⁸ Sobre la relación de especialidad y complementariedad que he sostenido que existe, al menos en Derecho español, entre el derecho de acceso al expediente y el derecho general de acceso a información pública, MIR PUIGPELAT, *Transparencia y procedimiento administrativo*, 2019, nm. 131-149.

¹⁵⁹ También, p. ej., en sentencias emblemáticas como la STJ de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland y otros/Comisión*, C-204/00 P, ECLI:EU:C:2004:6, apdo. 68. El TJ afirmó ya la existencia del principio general de acceso al expediente, en materia de defensa de la competencia, cuando todavía no lo recogía su normativa reguladora (art. 19 R17/62 y R99/63), en sentencias como la STJ de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión*, C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36, apdos. 9-11.

incriminatorias) de que pueda disponer la Administración de la UE. Y siempre que, por supuesto, tales datos y documentos existan o sigan existiendo cuando se tramite el procedimiento en cuestión¹⁶⁰.

El pasaje transcrito también evidencia el otro gran elemento distintivo de la jurisprudencia del TJUE en la materia, y que recoge expresamente el propio art. 41.2.b) CDFUE: la importante protección que concede a las *informaciones confidenciales*, en especial a los documentos internos de la Administración y a los secretos comerciales. Como hemos visto, estos últimos estaban expresamente amparados por el art. 214 TCEE (actual art. 339 TFUE) ya en 1957, a modo de compensación de los amplios poderes de investigación reconocidos a la Comisión desde sus orígenes para la puesta en marcha del mercado común. Corresponde a la Administración de la UE decidir en un primer momento si la información en cuestión merece o no ser calificada de confidencial, pero, si opta por conceder el acceso, su decisión es impugnabile por quien invoque la confidencialidad ante el TJUE, sin que pueda materializarse el acceso hasta que este se pronuncie al respecto¹⁶¹.

Para tratar de conciliar ambos intereses, el TJUE ha enfatizado la importancia de, por un lado, dar acceso a *resúmenes no confidenciales* de todos aquellos documentos que puedan ser relevantes para la defensa, tras omitir los datos confidenciales (personales –arts. 8 CDFUE y 16 TFUE–, empresariales, de seguridad nacional o de otro tipo) que puedan contener¹⁶²; y, por otro, *prohibir* que la decisión adoptada por la Administración *pueda basarse* en datos que no ha podido ver –y rebatir en sus observaciones– su destinatario por motivos legítimos de confidencialidad (el *Verwertungsverbot* a que se ha hecho ya referencia en materia de derecho de audiencia)¹⁶³.

En los casos más difíciles y delicados, como el del asunto *Kadi*, en que había razones imperiosas de seguridad nacional en juego, el TJ subraya que la Administración de la UE debe disponer de los datos confidenciales al tomar la decisión (solicitándolos si es necesario a la autoridad – incluso internacional– que los posea, en virtud del deber de diligencia, como ya nos consta), y que el juez de la UE podrá también luego, en sede judicial, acceder a ellos, valorar si son efectivamente confidenciales y señalar si procede su puesta a disposición del afectado, aunque sea mediante el apuntado resumen no confidencial, a fin de que este pueda defenderse adecuadamente. Si la Administración prefiere no comunicárselos al afectado, tales datos serán excluidos por el juez de la base probatoria válidamente empleada¹⁶⁴.

¹⁶⁰ STJ *Parlamento/TC* de 2025, apdo. 101, en relación con una serie de correos electrónicos y datos relativos al uso de la tarjeta de acceso al Parlamento de un empleado que ya habían sido eliminados cuando el afectado solicita que se incorporen al expediente que le concierne. En el apartado 89 de esta STJ se afirma expresamente que el derecho incluye «el acceso a todos los *datos* que figuren en el expediente creado por la Administración de que se trate» (cursiva añadida).

¹⁶¹ STJ de 24 de junio de 1986, *AKZO Chemie/Comisión*, C-53/85, ECLI:EU:C:1986:256, apdos. 16-21, con interesantes consideraciones sobre los efectos jurídicos y la impugnabilidad autónoma de esta decisión de la Comisión. En este caso, la Comisión dio acceso a información supuestamente confidencial de una compañía a la empresa competidora que la había denunciado por vulneración de la normativa de competencia. La sanción que finalmente impuso la Comisión en dicho procedimiento daría lugar a la STJ *AKZO* de 1991 que se cita más adelante.

¹⁶² STJ *OZ/BEI* de 2019, apdo. 57; STJ *HF/Parlamento* de 2020, apdos. 60-70, ambas en casos de sendas denuncias de acoso en el seno del Banco Europeo de Inversiones y el Parlamento Europeo.

¹⁶³ STJ *Hoffmann-La Roche* de 1979, apdo. 14; STJ de 3 de julio de 1991, *AKZO/Comisión*, C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, apdos. 21 y 24; STJ *Aalborg Portland* de 2004, apdos. 71-77.

¹⁶⁴ STJ *Kadi* de 2013, apdos. 114, 115, y 120-129.

En el interesante caso de la STJ *Országos* de 2022, que además tiene el valor añadido de pronunciarse sobre una cuestión prejudicial y establecer un elevado estándar de acceso al expediente aplicable también a los Estados miembros, el TJ considera incompatible con el principio general reflejado por el art. 41.2.b) CDFUE una regulación húngara que permitía, en materia de asilo (durante un procedimiento de retirada de la condición de refugiado), denegarle al interesado y a su abogado el acceso, por razones de seguridad nacional, a elementos decisivos del expediente, y que los datos confidenciales pudieran servir de base a la decisión tras el control ejercido, en sede judicial, únicamente por el juez nacional¹⁶⁵.

Merece también destacarse el caso de las *investigaciones* efectuadas por la OLAF y su relación con los procedimientos que se derivan de ellas a nivel nacional o de la UE. Según la STJ *Sistem ecologica* de 2023, las personas investigadas por la OLAF *carecen* de derecho de acceso al expediente, al no estar previsto en el R883/13¹⁶⁶, establecer este Reglamento la confidencialidad de la información transmitida u obtenida en el marco de sus investigaciones externas, carecer sus informes de carácter vinculante (incorporando una mera recomendación), y existir en todo caso el derecho de acceso al expediente cuando una autoridad nacional o de la UE adopte una decisión de efectos desfavorables sobre la persona en cuestión a raíz de la investigación efectuada por aquella. Para el TJ, el derecho de defensa de las personas investigadas por la OLAF debe contemplarse de manera amplia y considerarse que no se ve vulnerado si no se les da, a aquellas, acceso al expediente en la fase inicial ante este organismo y sí, en cambio, después¹⁶⁷.

f. La motivación como garantía del derecho de defensa y llave del control judicial

La última garantía procedimental del art. 41 CDFUE es el deber de *motivación*¹⁶⁸. Esta garantía tiene una importancia especial en el Derecho de la UE, desde los mismos orígenes de la CEE, debido a los amplios márgenes de apreciación concedidos a la Comisión y, en general, a la Administración de la UE, en el ejercicio de sus competencias. El deber de motivación no solo supone una salvaguardia esencial del derecho de defensa de los afectados, sino que resulta imprescindible para que el TJUE pueda ejercer el control judicial que le atribuyen los Tratados sobre una actividad administrativa caracterizada por su marcada discrecionalidad técnica y política. Así lo lleva años señalando el TJUE con esta formulación clásica:

«Por lo que respecta a la obligación de motivación que incumbe a la Comisión en virtud del artículo 296 TFUE, párrafo segundo, y del artículo 41, apartado 2, letra c), de la Carta, es preciso recordar que la motivación debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento del autor del acto, de

¹⁶⁵ Apdos. 50-60.

¹⁶⁶ Que, como sabemos, sí les reconoce el derecho de audiencia.

¹⁶⁷ Apdos. 149-161. Hay una cierta contradicción entre los apartados 151 y 154 en lo referente a la calificación del informe resultante de la investigación de la OLAF. Mientras en el primero parece considerarse una medida desfavorable a los efectos del art. 41.2.a) CDFUE, en el segundo se niega. Es, en todo caso, una cuestión secundaria en la argumentación del TJ, que presupone que debe garantizarse también ante la OLAF el derecho de defensa, compatibilizándolo con la confidencialidad que establece el R883/13, y a la vista de la tutela plena del derecho de defensa que deberá concederse en caso de que la investigación acabe desembocando en medidas (aún más) desfavorables.

¹⁶⁸ *Supra*, en el apartado 2.1, se ha hecho ya referencia a la dimensión procedimental del derecho a utilizar las lenguas oficiales recogido en el art. 41.3 CDFUE y a los aspectos básicos de su régimen jurídico.

modo que los interesados puedan conocer las razones de dicho acto y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control»¹⁶⁹.

Como puede observarse en el pasaje transcrito, cuando el TJUE se ocupa del deber de motivación alude en primer lugar al art. 296.2 TFUE (y a sus versiones previas desde el art. 190 TCEE) y solo, a mayor abundamiento, al art. 41.2.c) CDFUE. Ello es así porque, como ya sabemos, el deber de motivación fue la primera gran exigencia procedimental establecida en los Tratados, que la extendieron tanto a los actos normativos, como a las decisiones individuales jurídicamente vinculantes, y su jurisprudencia ha partido, desde hace décadas, de dicho precepto. Es importante remarcar que el vigente art. 296.2 TFUE, tras la modificación operada por el Tratado de Lisboa en 2007, ha ido incluso más allá y, al referirse de forma más genérica a todos los «actos jurídicos», ha ampliado la obligación constitucional de motivación no solo a los reglamentos, las directivas y las decisiones, sino también a las *recomendaciones* y *dictámenes* del art. 288.5 TFUE, que son asimismo actos jurídicos¹⁷⁰, aunque no vinculantes. Ello solo confirma y subraya la especial importancia que la motivación posee en el Derecho de la UE.

A diferencia del Derecho español, el Derecho de la UE obliga a motivar *todas* las decisiones administrativas, y no solo las desfavorables a que se circunscribe la letra *a*) del art. 41 CDFUE¹⁷¹, ni aquellas enumeradas en una lista como la del art. 35 LPAC. Con independencia de que esta lista es muy amplia y cubre los supuestos más importantes de resoluciones e incluso actos de trámite, el principio general del Derecho de la UE que refleja el art. 41.2.c) CDFUE resulta aplicable a las Administraciones españolas cuando ejecutan el Derecho de la UE, obligándolas a motivar las decisiones que aquella no cubra. Resulta también significativo –y, a mi juicio, acertado– que se use el mismo término para designar la «motivación» de las normas, a diferencia del Derecho español, que prefiere reservar esta expresión para los actos administrativos y aludir en términos más difusos a la «justificación» de los proyectos normativos (así, p. ej. los apartados 1 y 5 del art. 129 LPAC cuando se refieren al preámbulo o exposición de motivos que han de contener necesariamente, o el art. 26.3.a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en relación con la memoria estatal de análisis de impacto normativo).

El deber de motivación no posee, sin embargo, el mismo alcance en todos los supuestos, sino que el TJUE ha subrayado la *necesidad de adaptación* a las exigencias del caso concreto. En la formulación también clásica que sigue normalmente al pasaje antes transcrito:

«El alcance preciso de la exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias del caso, en particular del contenido del acto, de la naturaleza de los motivos invocados y del interés que los destinatarios u otras personas afectadas por este puedan tener en recibir explicaciones. Por

¹⁶⁹ STJ *Instituto Cervantes* 2025, apdo. 122, en una formulación que se repite en términos prácticamente idénticos en todas las sentencias relativas a la motivación.

¹⁷⁰ Como se desprende de los títulos («Actos jurídicos de la Unión») del Capítulo 2 y de la Sección Primera (del Título I de la Sexta Parte del TFUE) en que se inserta el art. 288. ARZO SANTISTEBAN, *RDPTM*, v. 11, 2025, pp. 265-266 se ha mostrado partidario de incluir el instrumento de la recomendación en una eventual codificación general del procedimiento administrativo de la UE (en el marco de un concepto amplio de acto administrativo), recordando la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual «lo jurídico no se agota en lo vinculante» (STC [Pleno] 42/2014, de 25 de marzo [BOE núm. 87, de 10 de abril de 2014], FJ 2).

¹⁷¹ Aunque hay alguna excepción en el Derecho derivado, como, señaladamente, el art. 25.2 del Estatuto de los funcionarios, que solo obliga a motivar las que resulten lesivas para estos.

lo tanto, no se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de Derecho que puedan considerarse pertinentes»¹⁷².

Esto afecta, en particular, a los actos normativos, sujetos a exigencias menos detalladas, por su propio alcance general. Como señala también de forma reiterada el TJUE:

«A este respecto procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, el alcance de la obligación de motivación depende de la naturaleza del acto de que se trate y que, cuando se trata de actos destinados a una aplicación general, puede limitarse a indicar, por una parte, la situación de conjunto que ha conducido a su adopción y, por otra parte, los objetivos generales que se propone alcanzar. Si el acto impugnado pone de manifiesto la parte esencial del fin perseguido por la institución, es excesivo pretender la motivación específica de cada una de las decisiones técnicas que ella adopta»¹⁷³.

La exigencia de adaptación al caso concreto no debe llevar a equívocos y pensar que, a nivel de la Administración de la UE, baste normalmente la «sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho» con la que se conforma el art. 35.1 LPAC. Es muy habitual que las decisiones individuales de alto impacto de la Comisión sobre asuntos complejos tengan decenas o hasta centenares de páginas de motivación¹⁷⁴.

Basta con justificar la posición mantenida, sin que sea necesario discutir soluciones alternativas ni aportar conocimientos científicos o pruebas que puedan desvirtuar posibles objeciones; la motivación ha de ser más detallada cuanto mayor sea la discrecionalidad administrativa, siendo el control que el TJUE ejerce sobre esta principalmente un control de la debida motivación; en lugar de contemplar excepciones a la motivación, el TJUE suele más bien admitir que se rebaje la profundidad de la misma en casos justificados, omitiendo datos confidenciales como secretos comerciales o datos sensibles para la seguridad nacional –y señalando que el juez de la UE ha de poder acceder a ellos en sede judicial y valorar si merecen o no ser omitidos, como se ha visto antes que dispuso la STJ *Kadi* de 2013–; una motivación defectuosa supone, tal como se verá a continuación, un vicio sustancial de forma que invalida el acto en cuestión, careciendo de carácter invalidante los pequeños errores de redacción¹⁷⁵.

La circunstancia de que, como se ha señalado, el art. 296.2 TFUE obligue también ahora a motivar las recomendaciones y dictámenes que elabore la Administración de la UE, permite superar el problema suscitado, en particular, en el marco de los *procedimientos compuestos*, por la

¹⁷² STJ *Instituto Cervantes* 2025, apdo. 123, a título nuevamente ejemplificativo. En el caso concreto, el TJ reitera que, al adjudicar un contrato, no resulta preceptivo detallar de forma minuciosa por qué la oferta elegida es mejor que la de cada uno de los candidatos preteridos (en este caso, el Instituto Cervantes) (apdo. 125).

¹⁷³ STJ *Kik* de 2003 (apdo. 102), al validar el régimen lingüístico específico de la EUIPO (*supra*, nota 18), con cita de sentencias previas y una formulación reiterada, recientemente, p. ej., por la STJ de 10 de julio de 2025, *Ligue royale belge pour la protection des oiseaux*, C-287/24, ECLI:EU:C:2025:550, apdo. 25 (en relación con una norma de emergencia adoptada por la Comisión en materia agrícola tras la invasión de Ucrania por parte de Rusia).

¹⁷⁴ Véanse p. ej. las 110 páginas de motivación de la Decisión 2017/1283 (DOUE L 187 de 19.7.2017) por la que la Comisión ordenó a Irlanda la recuperación de Apple de más de 13.000 millones de euros por ventajas fiscales calificadas de ayudas de Estado (anulada después por el Tribunal General y confirmada finalmente por la STJ de 10 de septiembre de 2024, *Comisión/Irlanda y otros*, C-465/20, ECLI:EU:C:2024:724; esta última examina y da por buena la motivación de esta Decisión en sus apartados 389-397, subrayando que no debe confundirse la motivación con la discrepancia sobre las razones de fondo que esta exterioriza).

¹⁷⁵ FEHLING, en TERHECHTE (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2ª ed., 2022, nm. 49-51.

jurisprudencia tradicional que negaba la exigencia de motivación en el caso de los actos de trámite no susceptibles de impugnación autónoma¹⁷⁶.

Ulteriores *requisitos formales* de las decisiones de la Administración de la UE, distintos de su motivación, son la forma *escrita*, la *autenticación*¹⁷⁷ y, por último, el deber de *notificación* en la lengua del destinatario, como mero requisito de eficacia, que ya sabemos que contempla desde sus mismos orígenes el Tratado (art. 297.2 TFUE) y que no es objeto de regulación general¹⁷⁸. El deber de informar acerca de los *recursos* que cabe interponer tampoco está previsto de forma general, sino solo ocasionalmente por el Derecho derivado¹⁷⁹, y no constituye un principio general del Derecho de la Unión, por lo que no resulta exigible en ausencia de previsión sectorial¹⁸⁰.

4. La importancia de los vicios de procedimiento a nivel de la UE

La importancia que el TJUE y el Derecho de la UE en general conceden al procedimiento administrativo viene respaldada por la relevancia que ambos confieren a los vicios procedimentales, auténtica piedra de toque del valor que en cada ordenamiento poseen esta institución y las garantías que comporta.

El punto de partida debe buscarse en el art. 263.2 TFUE, que ya desde sus orígenes en el art. 173.1 TCEE permite que pueda interponerse el recurso de anulación contra todo acto (normativo o no normativo) de la Administración de la UE (y de las demás instituciones), destinado a producir efectos jurídicos frente a terceros, por los «*vicios sustanciales de forma*» de que adolezca.

Es muy habitual que tanto el TG como el TJ anulen decisiones individuales de la Administración de la UE por considerar que han incurrido en vicios sustanciales de forma. Mucho menos, por supuesto, en el caso de las normas administrativas, debido a los escasos requerimientos procedimentales a que, como se ha visto, quedan sometidas.

Sin embargo, esta alta incidencia anulatoria no deriva de un entendimiento peculiar de la eficacia invalidante de los vicios de procedimiento, o de un nivel extraordinariamente exigente de rigor procedimental. Como se verá a continuación, el TJUE maneja la teoría de la *causalidad* habitual en muchos países (entre ellos España, pese a la oscura y anacrónica formulación del art. 48.2 LPAC), en cuya virtud solo son invalidantes los vicios cuya ausencia hubiera podido dar lugar a

¹⁷⁶ Crítico sobre dicha jurisprudencia FEHLING, en TERHECHTE (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2ª ed., 2022, nm. 61, al considerar que la motivación no solo tiene utilidad a efectos impugnatorios, y que debe ser la autoridad materialmente más cercana al tema en cuestión la que motive la parte correspondiente. Pienso, como digo, que una recta interpretación del vigente art. 296.2 TFUE permite evitar dicho problema, al menos en relación con las recomendaciones y dictámenes.

¹⁷⁷ Sobre la importancia de la forma escrita y la autenticación con las firmas correspondientes, por razones lingüísticas y de seguridad jurídica, STJ de 15 de junio de 1994, *Comisión/BASF y otros*, C-137/92 P, ECLI:EU:C:1994:247, apdos. 69-78, anulando la decisión sancionadora de la Comisión por falta de la debida autenticación, a la que califica de vicio sustancial de forma.

¹⁷⁸ Véanse, p. ej., los arts. 146 y 150 a 152 del Reglamento financiero (R2509/24), remitiendo a cada institución y organismo la regulación de sus intercambios electrónicos de información, y fomentando el establecimiento de los sistemas de intercambio electrónico seguro de su art. 151.

¹⁷⁹ P. ej., en los arts. 18.3 y 21.2 R1/03, 11.3 R139/04, 39.4 R1095/10 y 14.8 R942/19.

¹⁸⁰ Auto del TJ de 5 de marzo de 1999, *Guérin automobiles/Comisión*, C-153/98 P, ECLI:EU:C:1999:123, apdos. 13-15.

un resultado distinto del procedimiento. Y los derechos y principios procedimentales que los jueces europeos han establecido son y deben ser, en buena medida, comunes a los diferentes ordenamientos nacionales. De hecho, estos ordenamientos nacionales suelen imponer a sus Administraciones muchas más exigencias procedimentales que las que el Derecho derivado impone a la Administración de la UE, que no está sujeta a ninguna ley de procedimiento y se rige básicamente por los genéricos principios elaborados por el TJUE.

La explicación de esa mayor incidencia anulatoria hay que buscarla, como señala perspicazmente FEHLING, en *dos razones* principales¹⁸¹. Por un lado, en los *amplios márgenes* de apreciación (de *decisión*, en general) que, como ya se ha señalado en diversas ocasiones, el Derecho y la jurisprudencia de la UE conceden a la Administración de la UE para la toma de decisiones técnicamente muy complejas y difíciles de predeterminar normativamente. Es bien sabido que la dificultad de programar materialmente la actuación de la Administración cuando de decisiones complejas se trata obliga al legislador (y a los tribunales) a centrarse, para dirigir dicha actuación y garantizar la consecución de sus fines, en las cuestiones organizativas y procedimentales. Pero a ello hay que sumar que esa menor densidad material de las normas reguladoras de la Administración comporta necesariamente una mayor relevancia de vicios procedimentales, en términos de estricta causalidad: sencillamente, porque, disponiendo de mayores márgenes de decisión, es más difícil de asegurar que el resultado del procedimiento hubiera sido *el mismo* de no haberse producido el vicio en cuestión, que no hubiera habido otra alternativa posible. El contraste es especialmente importante con la situación en Alemania, donde los tribunales del orden contencioso-administrativo se singularizan por un control más intenso de la discrecionalidad técnica y una menor deferencia en el reconocimiento de márgenes de apreciación a la Administración de la que existe a nivel de la UE o incluso en España.

La segunda razón, menos evidente, tiene que ver con los *poderes de investigación* del TG y, aún en mayor medida, del TJ. Al disponer de menores capacidades (y obligaciones legales) de determinación de los hechos que tribunales como los alemanes, se ven obligados en mayor medida a anular las decisiones por motivos procedimentales y devolver el asunto a la Administración de la UE, en lugar de resolverlo ellos mismos entrando en el fondo.

Para ilustrar la doctrina del TJUE basta con transcribir los siguientes pasajes de la STG *Qualcomm* de 2024, muy frecuentes en la jurisprudencia de ambos tribunales, y que revelan la teoría causal que manejan y cómo *rebajan* la *carga de la prueba* del interesado afectado, al que no exigen que demuestre que la decisión habría tenido un contenido distinto de no haberse producido el vicio procedimental, sino solo que no pueda *descartarse completamente* que así hubiera sido, al haberse podido *defender mejor*:

«160. Según reiterada jurisprudencia, una vulneración del derecho de defensa, en particular del derecho a ser oído, solo genera la anulación de la decisión adoptada al término del procedimiento administrativo de que se trate si, de no haberse producido tal irregularidad, dicho procedimiento

¹⁸¹ FEHLING, en TERHECHTE (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2ª ed., 2022, nm. 86 y 87, señalando que la regulación de los vicios del procedimiento del art. 46 de la Ley federal alemana de procedimiento administrativo (VwVfG), que literalmente solo afirma la irrelevancia de tales vicios cuando sea *evidente* que no han influido en la decisión sobre el fondo, en realidad no dista mucho del criterio manejado por el TJUE, si no fuera porque los tribunales alemanes, al interpretar dicho precepto, exigen (a diferencia del TJUE, como se verá a continuación) que sea el interesado quien pruebe dicha influencia. El punto normativo de partida no sería, pues, tan distinto como a menudo subraya la doctrina alemana.

podía llevar a un resultado diferente. No puede exigirse a un demandante que invoca la vulneración de su derecho de defensa que demuestre que la decisión de la institución de la Unión de que se trate habría tenido un contenido diferente, sino únicamente que tal hipótesis no queda completamente excluida (véase la sentencia de 18 de junio de 2020, Comisión/RQ, C 831/18 P, EU:C:2020:481, apartados 105 y 106 y jurisprudencia citada), dado que dicha parte habría podido defenderse mejor de no haber existido la irregularidad procedimental denunciada (sentencias de 2 de octubre de 2003, Thyssen Stahl/Comisión, C 194/99 P, EU:C:2003:527, apartado 31; de 1 de octubre de 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Consejo, C 141/08 P, EU:C:2009:598, apartado 94, y de 13 de diciembre de 2018, Deutsche Telekom/Comisión, T 827/14, EU:T:2018:930, apartado 129).

161. Tal apreciación debe efectuarse en función de las circunstancias de hecho y de Derecho específicas de cada caso (sentencia de 18 de junio de 2020, Comisión/RQ, C 831/18 P, EU:C:2020:481, apartado 107)»¹⁸².

Resulta de interés comparar esta sentencia con la STG *Qualcomm* de 2022, que versa también sobre una muy elevada multa impuesta por la Comisión a esta importante empresa de microchips por otra supuesta vulneración de las normas de competencia. Mientras la STG de 2022 (en un caso de pagos por exclusividad), tras analizar minuciosamente la tramitación del procedimiento seguido ante la Comisión, acaba anulando la multa de 997 millones de euros por los vicios en que incurrió (relativos a la audiencia y a la formación y acceso al expediente)¹⁸³, la de 2024 (en otro caso, de precios predatorios) confirma la sanción impuesta (rebajando algo la cuantía, de 242 a 238 millones de euros) tras desestimar las alegaciones procedimentales y sustantivas de la empresa¹⁸⁴.

Por los motivos antes apuntados, el TJUE *tampoco* permite que los vicios procedimentales invalidantes puedan ser *subsana*dos en vía *judicial*¹⁸⁵, a diferencia de lo que ocurre en Alemania y –en muchos casos– en España. Dicha subsanación solo es posible, de oficio, en vía de recurso administrativo, aunque son pocos los recursos administrativos que contempla el Derecho de la UE en el caso de actuaciones de su Administración¹⁸⁶.

¹⁸² STG de 18 de septiembre de 2024, *Qualcomm/Comisión (Qualcomm – precios predatorios)*, T-671/19, ECLI:EU:T:2024:626, apdos. 160 y 161. En cuanto a sentencias del TJ cabe citar, en el mismo sentido, p. ej., STJ *OZ/BEI* de 2019, apdos. 76-78; STJ *HF/Parlamento* de 2020, apdos. 72-74; STJ *Parlamento/UZ* de 2021, apdos. 71-73.

¹⁸³ La STG *Qualcomm* de 2022 dedica casi doscientos apartados a los aspectos procedimentales (154-346) y anula por dicho motivo la decisión de la Comisión, sin perjuicio de que, a continuación, «en interés de una buena administración de la justicia», entre también en el fondo y constata asimismo ilegalidades sustanciales que evitan una mera retroacción de actuaciones. Esta referencia a la «buena administración de la justicia» es muy habitual, desde hace décadas, en la jurisprudencia del TJUE, que le otorga un significado genérico en la línea de un correcto funcionamiento de la actividad judicial.

¹⁸⁴ La STG *Qualcomm* de 2024 dedica «solo» cien apartados (97-197) a los supuestos vicios de procedimiento, constatando expresamente las diferencias existentes con el caso de la STG *Qualcomm* de 2022 en los apartados 183 a 185. En el caso de la STG de 2022, la Comisión no facilitó a Qualcomm, antes de la decisión sancionadora (lo haría después, en fase judicial, a instancia del TG), una serie de notas relativas a entrevistas con terceros de las que podría haberse valido en su descargo, vulnerando con ello su derecho de defensa, cuyo adecuado respeto hubiera podido conducir a una decisión distinta. Ello no sucedió en el caso de la STG de 2024.

¹⁸⁵ FEHLING, en TERHECHTE (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2ª ed., 2022, nm. 83-84.

¹⁸⁶ Su número va aumentando progresivamente. Véanse el art. 90 del Estatuto de los funcionarios y la relación de diez Salas de Recurso independientes –de control de las decisiones vinculantes de las respectivas agencias– que contiene el art. 58 bis del Estatuto del TJUE tras sus últimas modificaciones de 2019 y 2024. La intervención de estas Salas de Recurso independientes descarga de trabajo al TJ, puesto que le permite inadmitir directamente el recurso de casación que eventualmente se interponga contra la previa sentencia del TG.

Tras la anulación judicial por meros vicios procedimentales, la Administración de la UE –como la española– puede volver a dictar una decisión de exactamente *el mismo contenido*, incluso con efectos retroactivos cuando se haga por motivos legítimos y observando el principio de protección de la confianza legítima, con lo que la victoria judicial puede ser pírrica¹⁸⁷.

El vicio procedimental puede dar lugar a obtener una indemnización en concepto de *responsabilidad extracontractual* de la Administración de la UE (arts. 41.3 CDFUE, 268 y 340.2 TFUE), si se cumplen los exigentes requisitos fijados por el TJUE, que incluyen la existencia de infracción suficientemente caracterizada¹⁸⁸. En algunos casos, el TJUE considera que la mera anulación de la decisión impugnada constituye una reparación adecuada de todo daño moral que haya podido sufrir el recurrente¹⁸⁹.

5. Balance. La conveniencia de un Reglamento de procedimiento administrativo de la Unión

El examen detenido de la regulación y la jurisprudencia relativa a las exigencias procedimentales de la Administración de la UE deja un sabor agri dulce.

La regulación tiene aspectos indudablemente positivos. Acierta a anclar al máximo rango normativo, como auténticos derechos fundamentales, los principios centrales en la materia, confiriéndoles una apoyatura constitucional aún mayor de la que reciben en países de larga tradición procedimental como España. A su vez, la regulación de Derecho derivado ha ido reforzando las garantías procedimentales con los años y contempla soluciones muy innovadoras (sobre todo, aunque no solo, en lo relativo a los procedimientos de ejecución indirecta y conjunta del Derecho de la UE), que han supuesto el principal factor de modernización y revalorización de la institución del procedimiento administrativo a nivel nacional. Piénsese, p. ej., en los procedimientos compuestos; las evaluaciones de impacto, consultas públicas y obligaciones de transparencia en materia ambiental; las vistas orales, los programas de clemencia y la potenciación de la terminación convencional en materia de defensa de la competencia; la detallada regulación de los requerimientos de información y las inspecciones; las redes de autoridades nacionales y de la UE; la implantación de poderosos sistemas compartidos de información en múltiples ámbitos; los mecanismos de coordinación en situaciones de emergencia; la potenciación de la administración electrónica; la exigencia de garantías procedimentales mínimas en la toma automatizada de decisiones y la utilización de sistemas de inteligencia artificial; el establecimiento de procedimientos específicos de gestión de riesgos y de procedimientos privados de normalización y certificación; o la regulación e incentivación de mecanismos blandos de dirección como las directrices, las advertencias o las recomendaciones.

¹⁸⁷ FEHLING, en TERHECHTE (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2ª ed., 2022, nm. 84.

¹⁸⁸ STJ de 4 de abril de 2017, *Defensor del Pueblo/Claire Staelen*, C-337/15 P, ECLI:EU:C:2017:256, apdos. 29-45, negando que la mera vulneración del deber de diligencia examinado en el presente trabajo constituya necesariamente una infracción suficientemente caracterizada susceptible de desencadenar la responsabilidad extracontractual de la Unión. En el caso concreto, el TJ considera que la defectuosa investigación efectuada por el Defensor del Pueblo Europeo constituye una infracción de este tipo, concediendo una indemnización de 7.000 euros en concepto de daño moral.

¹⁸⁹ STJ OZ/BEI de 2019, apdos. 80-82; STJ HF/Parlamento de 2020, apdos. 76-77. En la STJ *Alvis* de 1963, como se ha visto *supra* en el apartado 2.2, el TJ no anuló la decisión de despido y compensó al recurrente por la vulneración de su derecho de defensa condenando a la Comunidad a soportar cuatro quintas partes de las costas.

En cuanto a la jurisprudencia, es incuestionable que confiere una tutela judicial del máximo nivel, plenamente ajustada a las exigencias del Estado de Derecho, que concede gran valor –en buena medida, debido a los amplios márgenes de decisión que reconoce a la Administración de la UE y a sus limitadas capacidades de investigación, como se ha visto– a las garantías procedimentales de defensa de los destinatarios de las decisiones de la UE, tanto al definir su alcance, en términos sustantivos y no meramente formales, como al determinar las consecuencias de su incumplimiento, mediante una interpretación que no duda en anular tales decisiones cuando no pueda descartarse completamente que el resultado hubiera podido ser otro de no haberse producido el vicio en cuestión. Sus sentencias están, por lo general, muy bien pensadas, redactadas y motivadas, contribuyendo a la claridad y a la seguridad jurídica con una referencia sistemática y coherente a los propios precedentes, que dibujan una jurisprudencia estable y previsible. Constituyen, a mi modo de ver, un auténtico modelo a seguir para nuestros juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo, que deberían empaparse de su lectura para mejorar el ejercicio de su función jurisdiccional. Naturalmente, ello es posible gracias a los enormes recursos de que dispone el TJUE (con su importante cuerpo de letrados y los minuciosos estudios y conclusiones de los abogados generales), y a los escritos de recurso, oposición y planteamiento de cuestiones prejudiciales sobre los que tiene que pronunciarse, elaborados normalmente por abogados, funcionarios y jueces nacionales de primer nivel, dada la gran repercusión económica, política y social que suelen tener los asuntos de que conoce. Quien consiga llegar al TJUE y costear su defensa, puede estar tranquilo, recibirá un servicio *premium*.

Hay, sin embargo, un importante margen de mejora. Como se ha visto, no existe a nivel de la UE una norma general vinculante de procedimiento administrativo como las que poseen una amplia mayoría de Estados miembros y muchos otros países (como los Estados Unidos de América o una mayoría de países latinoamericanos –siguiendo de cerca el modelo español–). Lo más parecido a ello que existe son los apuntados códigos de buena conducta administrativa, que no son vinculantes, difieren entre sí y que en casos como el de la propia Comisión tienen un contenido vago e insustancial. Son, sin ninguna duda, totalmente inadecuados para cumplir el mandato impuesto, tras el Tratado de Lisboa, por el art. 298.2 TFUE, de desarrollar el art. 41 CDFUE «mediante reglamentos adoptados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario»¹⁹⁰.

A falta de dicha regulación general, la disciplina del procedimiento de la Administración de la UE se confía a un sinfín de normas transversales y sectoriales como las que han sido indicadas, a título meramente ejemplificativo, en el apartado 2. Ello provoca una gran fragmentación (aumentada por la proliferación de agencias, dotada cada una de su específica regulación procedimental), así como diferencias de régimen no justificadas, lagunas y problemas importantes de falta de claridad y seguridad jurídica. No parece de recibo, p. ej., que no pueda saberse con certeza si los reglamentos generales relativos al régimen *lingüístico* o al cómputo de los *plazos* son o no aplicables a todas las agencias, cuál es la protección que merecen los *terceros* afectados en los procedimientos que no aluden a ellos, ante cuál o cuáles de las Administraciones participantes en los *procedimientos compuestos* pueden ejercerse los derechos de audiencia, acceso al expediente y motivación, cuáles son los medios concretos de *prueba* de que disponen

¹⁹⁰ El nuevo art. 298 TFUE fue introducido a instancias de la delegación sueca precisamente para asegurar que el legislador de la Unión desarrollara mediante una norma jurídicamente vinculante el derecho fundamental a una buena administración de la CDFUE (SWEDISH AGENCY FOR PUBLIC MANAGEMENT, *Principles of Good Administration. In the Member States of the European Union*, 2005, pp. 7, 9 ss.; LADENBURGER, «Evolution oder Kodifikation eines allgemeinen Verwaltungsrechts in der EU», en TRUTE/GROß/RÖHL/MÖLLERS [coords.], *Allgemeines Verwaltungsrecht - zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 118).

los interesados o la *duración* al menos estimada que han de tener los procedimientos; o que haya normas divergentes en materia de *conflictos de interés* (que no contemplan, además, los mecanismos de *recusación* que tanto ha subrayado el TEDH como garantía de la imparcialidad judicial objetiva¹⁹¹), régimen de *notificaciones y comunicaciones* en papel y electrónicas, y de indicación (o no) de los *recursos* que cabe interponer contra las distintas decisiones de la Administración de la UE¹⁹². Por no mencionar el procedimiento de elaboración de *normas administrativas*, que tiene efectos de gran alcance a nivel europeo, pudiendo incluso dar lugar – en el caso de los actos delegados – a la modificación de los propios actos legislativos, y que se caracteriza por su mera sujeción a instrumentos de *soft law* y una gran opacidad¹⁹³.

La aprobación, mediante reglamento del Consejo y el Parlamento Europeo, de un *código general de procedimiento* aplicable a toda la Administración de la UE, equivalente a las leyes de procedimiento que existen en el plano nacional, daría adecuada satisfacción al referido mandato del art. 298.2 *TFUE*, permitiría *aclarar y uniformizar* las cuestiones apuntadas y, de paso, *positivar* los principios y derechos desarrollados por el *TJUE*, en los términos más *concretos* de su jurisprudencia constante (que se han resumido en los apartados 3 y 4 del presente trabajo), completándolos, en su caso, con *nuevas previsiones y derechos* que decidiera el legislador democrático y aquellas *cuestiones adicionales* de alcance general que suelen incorporar tales códigos (toma automatizada de decisiones, régimen de validez y eficacia de las decisiones individuales, revisión de oficio y revocación, reglas comunes de los recursos administrativos existentes, derechos y deberes generales frente a la Administración, etc.). Como ocurre sin ningún problema a nivel nacional, dicho código podría seguir siendo desplazado por normas *sectoriales* debidamente justificadas, a fin de atender las particularidades requeridas en muchos ámbitos de la actuación administrativa, y no impediría en absoluto, sino que, al contrario, *facilitaría*, la labor del *TJUE*¹⁹⁴.

El cuadro resultante casaría mejor con la tradición codificadora continental, más clara y «común» si cabe tras el abandono de la UE por parte del Reino Unido y la aprobación en Francia –cuyo Derecho administrativo ha sido siempre eminentemente pretoriano– del *Code des relations entre le public et l'administration* del año 2015.

Como he señalado en los trabajos previos que he dedicado a esta cuestión, «entre otros efectos positivos, una codificación de este tipo, innovadora y dotada de la debida legitimidad

¹⁹¹ STEDH *Micallef contra Malta* de 2009, apdo. 99.

¹⁹² Al respecto, entre otros, VIÑUALES FERREIRO, *El procedimiento administrativo de la Administración Europea. De la regulación sectorial a la construcción de un régimen general*, 2015, pp. 205 ss.; ALONSO DE LEÓN, *Composite Administrative Procedures in the European Union*, 2017, pp. 215 ss.

¹⁹³ MENDES, en AUBY (dir.), *Droit comparé de la procédure administrative*, 2016, *passim*.

¹⁹⁴ VON DANWITZ, en KAHL/MAGER (coords.), *Arbeitsgespräche zum Verwaltungsrecht. Band 5. Verwaltungsverfahren*, 2025, pp. 136-139, catedrático de Derecho administrativo y juez alemán relevante del TJ, ha subrayado recientemente la importancia de una regulación más detallada del procedimiento para facilitar que los jueces europeos efectúen su labor aplicativa del Derecho «dentro de la ley» y se eviten las complejas ponderaciones y el miedo al creacionismo judicial que motivan las formulaciones más abstractas. Aunque, centrándose en la regulación de los procedimientos que deben observar las Administraciones nacionales (y condicionado seguramente por la querencia alemana por su *VwVfG*), este autor/juez prefiere claramente las codificaciones sectoriales a una general de la UE aplicable a los Estados miembros, y subraye la estabilidad lograda con los principios generales del *TJUE*, pienso que el argumento que aduce permite precisamente anteponer una codificación general más detallada –aplicable solo a la Administración de la UE– a la abstracción actual del art. 41 *CDFUE*.

democrática, incrementaría enormemente la claridad y seguridad jurídicas, reduciría la fragmentación y las diferencias de régimen no justificadas, permitiría colmar las lagunas existentes, aseguraría unas garantías procedimentales uniformes en las relaciones de los ciudadanos con la Administración de la Unión, conferiría estabilidad a la regulación de la Unión y orientaría futuros desarrollos sectoriales, reduciría el riesgo de clientelismo frente a eventuales intereses sectoriales –obligando a justificar las razones de un régimen sectorial específico– y facilitaría la adopción de nuevas normas al descargar a las instancias políticas de la negociación de los aspectos procedimentales, ya contenidos en ella. Como ha ocurrido con muchas codificaciones nacionales, serviría de modelo susceptible de exportación a otras regiones del mundo. Dado el papel central que ocupa toda codificación general del procedimiento en el ordenamiento jurídico respectivo y el valor simbólico asociado a la enunciación de un catálogo general de derechos procedimentales de los ciudadanos frente a la Administración, también podría coadyuvar, aunque fuera en pequeña medida, a la construcción de una identidad europea y a combatir la crisis actual de la Unión, además de facilitar el conocimiento, la aceptación y la aplicación del Derecho de la Unión por parte de las autoridades nacionales. Finalmente, desde una perspectiva académica, contribuiría de forma poderosa al desarrollo de una ciencia del Derecho administrativo europeo sistemática y basada en unos fundamentos compartidos»¹⁹⁵.

Una codificación semejante ha sido apoyada por la gran mayoría de los muchos autores y autoras que han participado en el amplio debate suscitado al respecto desde finales de los años ochenta del pasado siglo¹⁹⁶. El propio Parlamento Europeo ha pedido en tres ocasiones formalmente a la Comisión, al amparo del art. 225 TFUE, que presentara una propuesta de reglamento en dicho sentido¹⁹⁷. La segunda de sus resoluciones incluso adjuntó un borrador articulado de posible reglamento, para demostrar la viabilidad de la propuesta. El Parlamento y el Defensor del Pueblo Europeo apoyaron también la gestación, en paralelo, de un código académico de más amplio alcance, que influyó de forma importante en dichas resoluciones: el *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la UE*, elaborado en 2014 por quienes formamos parte del comité de dirección de la red ReNEUAL y algunos colaboradores, tras cinco años de trabajo y un gran número de congresos, seminarios y reuniones con profesores, jueces, abogados y funcionarios de distintos países¹⁹⁸. Dicho Código se ha publicado en ocho idiomas distintos por editoriales

¹⁹⁵ MIR PUIGPELAT, «El procedimiento administrativo de la Unión Europea y el debate sobre su codificación», en PAREJO ALFONSO/VAQUER CABALLERÍA (dirs.), *Estudios sobre el procedimiento administrativo. I. Derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 248.

¹⁹⁶ En MIR PUIGPELAT, en PAREJO ALFONSO/VAQUER CABALLERÍA (dirs.), *Estudios sobre el procedimiento administrativo. I*, 2018, p. 249 puede encontrarse una relación detallada de los mismos, que incluye trabajos relevantes de autores españoles favorables a la codificación como NIETO GARRIDO/MARTÍN DELGADO, *Derecho Administrativo Europeo en el Tratado de Lisboa*, 2010, pp. 115 ss., 137 ss.; MARTÍN DELGADO, «El procedimiento administrativo en el Derecho de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 19, 2010, pp. 131 ss.; FUERTES, «La importancia de lo sencillo (sobre una Ley de procedimiento administrativo para las instituciones comunitarias)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 155, 2012, *passim*; SORIANO (coord.), *Procedimiento Administrativo Europeo*, 2012, *passim*; VIÑUALES FERREIRO, *El procedimiento administrativo de la Administración Europea*, 2015, pp. 289 ss.; y FUENTETAJA PASTOR, *Derecho Administrativo Europeo*, 5ª ed., 2025, cap. X, apdos. II y IV.

¹⁹⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2013, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre una Ley de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea (2012/2024(INI)), Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2016, para una administración de la Unión Europea abierta, eficiente e independiente (2016/2610(RSP)) y Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de noviembre de 2023, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre digitalización y Derecho administrativo (2021/2161(INL)), aprobadas por el Pleno.

¹⁹⁸ MIR PUIGPELAT/HOFMANN/SCHNEIDER/ZILLER/AUBY/CRAIG/CURTIN/DELLA CANANEA/GALETTO/MENDES/STELKENS/WIERZBOWSKI (dirs.), *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*, 2015. Sobre la gestación paralela del Código ReNEUAL y las resoluciones del Parlamento Europeo, MIR PUIGPELAT, en PAREJO ALFONSO/VAQUER CABALLERÍA (dirs.), *Estudios sobre el procedimiento administrativo. I*,

reputadas¹⁹⁹, ha sido galardonado con el Premio Spinelli de la UE y ha tenido una muy buena acogida doctrinal²⁰⁰. Con tales antecedentes y apoyos doctrinales e institucionales puede afirmarse que la referida codificación se encuentra perfectamente madura (*kodifikationsreif*).

Nada indica, sin embargo, que la Comisión vaya a presentar ninguna propuesta en este sentido, al menos no en el corto plazo. En la respuesta formal que se vio obligada a dar el 4 de octubre de 2016, por imperativo del referido art. 225 TFUE, a la petición del Parlamento Europeo, señaló escuetamente que no advertía el valor añadido de semejante codificación y consideró preferible continuar con el marco regulatorio existente²⁰¹. El mero *lifting* que, como sabemos, ha dado a finales de 2024 a su código de buena conducta del año 2000, como si nada hubiera cambiado desde entonces, no solo no augura una reconsideración de su postura, sino que, al contrario, lanza un mensaje claro de su firme determinación de seguir lo menos vinculada posible por nuevas exigencias procedimentales.

Es perfectamente comprensible que la Comisión tenga otras prioridades en el grave contexto actual de serias amenazas globales para la paz, el clima, el comercio internacional, la democracia liberal, el Estado de Derecho o la propia continuidad de la UE. Pero tengo claro que, si la UE, como espero, vuelve a salir reforzada de esta nueva crisis, y asume mayores competencias, debería retomar este proyecto codificador y acabar contando, como sucedió en los Estados Unidos de América tras la Segunda Guerra Mundial, con una ley de procedimiento administrativo

2018, pp. 248-254. Una comparación detallada entre el Código ReNEUAL, el texto articulado anexo a la Resolución del Parlamento de 2016 y una propuesta de codificación deliberadamente no innovadora elaborada por HARTMANN, *Die Kodifikation des Europäischen Verwaltungsrechts*, 2020, pp. 457 ss. puede encontrarse en SCHNEIDER, «Kodifikation des Europäischen Verwaltungsrechts», en KAHL/LUDWIGS (coords.), *Handbuch des Verwaltungsrechts, Band II: Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts* – § 54, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2021, nm. 17-37.

¹⁹⁹ A la versión inicial inglesa, publicada primero en abierto (2014) y por Oxford University Press en 2017, siguieron la citada en español (2015, INAP), la alemana (2015, C. H. Beck), polaca (2015, C. H. Beck), italiana (2016, Editoriale Scientifica), rumana (2016, UJ), francesa (2016, Bruylant) y japonesa (2018, Shinzansha Publishing). La relación de todas ellas, el texto en abierto en inglés y español, y el listado de los integrantes de la red ReNEUAL y de su comité de dirección pueden encontrarse en <https://renewal.eu>. En esta misma página web podrá encontrarse próximamente la actualización del Código ReNEUAL que los miembros del referido comité de dirección hemos preparado en los últimos meses, y en la que, tras la aprobación del RIA, hemos introducido una serie de garantías que nos parecen imprescindibles para hacer frente al creciente uso de sistemas automatizados y de inteligencia artificial por parte de la Administración.

²⁰⁰ P. ej., ALONSO DE LEÓN, *Composite Administrative Procedures in the European Union*, 2017, pp. 239, 251; FEHLING, en TERHECHTE (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2ª ed., 2022, nm. 7 y *passim*; KAHL, «Verwaltungsverfahren – Einleitende Bemerkungen», en KAHL/MAGER (coords.), *Arbeitsgespräche zum Verwaltungsrecht. Band 5. Verwaltungsverfahren*, Nomos, Baden-Baden, 2025, pp. 20-21; o la mayoría de las contribuciones procedentes de autores que no participaron en la gestación del Código contenidas en SCHNEIDER/RENNERT/MARSCH (coords.), *ReNEUAL Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahren. Tagungsband*, 2015 y RUFFERT (coord.), *The Model Rules on EU Administrative Procedures: Adjudication*, 2016. Para ulteriores referencias doctrinales y la indicación de conclusiones de los abogados generales del TJ que citan el Código ReNEUAL véase SCHNEIDER, en KAHL/LUDWIGS (coords.), *Handbuch des Verwaltungsrechts*, t. II, 2021, nm. 2.

²⁰¹ Seguimiento de la Resolución del Parlamento Europeo sobre una administración de la Unión Europea abierta, eficaz e independiente, adoptada por la Comisión el 4 de octubre de 2016, SP(2016) 613, [http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2016/2610\(RSP\)&l=en#tab-0](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2016/2610(RSP)&l=en#tab-0). No mucho mejor fue la respuesta dada a la última resolución del Parlamento Europeo de 2023 mediante carta del vicepresidente de la Comisión de 27 de febrero de 2024 ([https://www.europarl.europa.eu/RegData/courrier_officiel/arrivee/2024/EP-PE_LTA\(2024\)001208_FULL_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/courrier_officiel/arrivee/2024/EP-PE_LTA(2024)001208_FULL_EN.pdf)).

de los Estados Unidos de Europa, que embride y legitime a su poderosa e imprescindible Administración.

6. Bibliografía

ALEX, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

ALONSO DE LEÓN, Sergio, *Composite Administrative Procedures in the European Union*, Iustel, Madrid, 2017.

ARROYO JIMÉNEZ, Luis, «El Derecho administrativo europeo como sistema», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, v. 1, 2020, pp. 175 ss.

ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier, «El procedimiento administrativo común», en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María/DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel/ARROYO JIMÉNEZ, Luis (coords.), *Tratado de Derecho administrativo*, v. II, Marcial Pons, Madrid, 2025, pp. 375 ss.

ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier, «La europeización del acto administrativo», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, v. 11, 2025, pp. 257 ss.

BOGDANDY, Armin v./BAST, Jürgen (coords.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

CANANEA, Giacinto della, «Il diritto amministrativo europeo e i suoi principi fondamentali», en CANANEA, Giacinto della (coord.), *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1 ss.

CHEVALIER, Émilie, «Procédure administrative non contentieuse de l'Union européenne», en AUBY, Jean-Bernard/DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline (dirs.), *Traité de droit administratif européen*, 3ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2022, pp. 117 ss. (se cita la paginación de la versión electrónica).

CHEVALIER, Émilie, «Principe de bonne administration», en AUBY, Jean-Bernard/DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline (dirs.), *Traité de droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2022, pp. 611 ss. (se cita la paginación de la versión electrónica).

CHITI, Mario P., *Diritto amministrativo europeo*, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 2011.

CRAIG, Paul, *EU Administrative Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2018.

DANWITZ, Thomas von, «Kodifikationen des Verwaltungsverfahrenrechts auf EU-Ebene: Wirkungen und Perspektiven», en KAHL, Wolfgang/MAGER, Ute (coords.), *Arbeitsgespräche zum Verwaltungsrecht. Band 5. Verwaltungsverfahren*, Nomos, Baden-Baden, 2025, pp. 125 ss.

DANWITZ, Thomas von, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Springer, Berlin, 2008.

FEHLING, Michael, «Europäisches Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht», en TERHECHTE, Jörg Philipp (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2022, pp. 385 ss.

FUENTETAJA PASTOR, Jesús, «La búsqueda de la ley en el ordenamiento jurídico de la Unión: las limitaciones del acto legislativo europeo», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, v. 13, 2026, pp. 63 ss.

FUENTETAJA PASTOR, Jesús, *Derecho Administrativo Europeo*, 5ª ed., Aranzadi, Las Rozas, 2025.

FUERTES, Mercedes, «La importancia de lo sencillo (sobre una Ley de procedimiento administrativo para las instituciones comunitarias)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 155, 2012, pp. 43 ss.

GALERA RODRIGO, Susana, *La aplicación administrativa del Derecho comunitario. Administración Mixta: tercera vía de aplicación*, Civitas, Madrid, 1998.

GALETTA, Diana-Urania/HOFMANN, Herwig C. H./MIR PUIGPELAT, Oriol/ZILLER, Jacques, «The General Principles of EU Administrative Procedural Law», *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, núm. 5, 2015, pp. 1421 ss.

GAMERO CASADO, Eduardo (dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GARCÍA LUENGO, Javier, «Normativa delegada, normativa de ejecución y el poder de libre configuración del legislador de la Unión Europea. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 18 de marzo de 2014 en el asunto 427/12», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 52, 2014, pp. 141 ss.

GRZESZICK, Bernd, «Das Grundrecht auf eine gute Verwaltung. Strukturen und Perspektiven des Charta-Grundrechts auf eine gute Verwaltung», *Europarecht*, 2006, pp. 161 ss.

HARTMANN, Lucas, *Die Kodifikation des Europäischen Verwaltungsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020.

KAHL, Wolfgang, «Verwaltungsverfahren – Einleitende Bemerkungen», en KAHL, Wolfgang/MAGER, Ute (coords.), *Arbeitsgespräche zum Verwaltungsrecht. Band 5. Verwaltungsverfahren*, Nomos, Baden-Baden, 2025, pp. 9 ss.

LADENBURGER, Clemens, «Evolution oder Kodifikation eines allgemeinen Verwaltungsrechts in der EU», en TRUTE, Hans-Heinrich/GROß, Thomas/RÖHL, Hans Christian/MÖLLERS, Christoph (coords.), *Allgemeines Verwaltungsrecht - zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 107 ss.

MENDES, Joana, «Administrative Procedure, Administrative Democracy», en AUBY, Jean-Bernard (dir.), *Droit comparé de la procédure administrative*, Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 235 ss.

MARTÍN DELGADO, Isaac, «El procedimiento administrativo en el Derecho de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 19, 2010, pp. 99 ss.

MIR PUIGPELAT, Oriol, «Teoría general del procedimiento administrativo», en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María/DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel/ARROYO JIMÉNEZ, Luis (coords.), *Tratado de Derecho administrativo*, v. II, Marcial Pons, Madrid, 2025, pp. 323 ss.

MIR PUIGPELAT, Oriol, «Procedimientos administrativos», en VELASCO CABALLERO, Francisco/DARNACULLETA GARDELLA, Maria Mercè (dirs.), *Manual de Derecho administrativo*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2025, pp. 375 ss.

MIR PUIGPELAT, Oriol, *Transparencia y procedimiento administrativo. El derecho de acceso al expediente y su conexión con el derecho de acceso a información pública*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019.

MIR PUIGPELAT, Oriol, «El procedimiento administrativo de la Unión Europea y el debate sobre su codificación», en PAREJO ALFONSO, Luciano/VAQUER CABALLERÍA, Marcos (dirs.), *Estudios sobre el procedimiento administrativo. I. Derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 231 ss.

MIR PUIGPELAT, Oriol, «La codificación del procedimiento administrativo en la unión administrativa europea», en VELASCO CABALLERO, Francisco/SCHNEIDER, Jens-Peter (coords.), *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 51 ss.

MIR PUIGPELAT, Oriol/HOFMANN, Herwig C. H./SCHNEIDER, Jens-Peter/ZILLER, Jacques/AUBY, Jean-Bernard/CRAIG, Paul/CURTIN, Deirdre/CANANEIA, Giacinto della/GALETТА, Diana-Urania/MENDES, Joana/STELKENS, Ulrich/WIERZBOWSKI, Marek (dirs.), *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*, INAP, Madrid, 2015.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 75, 1992, pp. 329 ss.

NEHL, Hanns Peter, *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Hart Publishing, Oxford, 1999.

NIETO GARRIDO, Eva/MARTÍN DELGADO, Isaac, *Derecho Administrativo Europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

PAREJO ALFONSO, Luciano, «Los principios generales del Derecho administrativo comunitario», en PAREJO ALFONSO, Luciano/DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás/MORENO MOLINA, Ángel Manuel/ESTELLA DE NORIEGA, Antonio, *Manual de Derecho administrativo comunitario*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 39 ss.

PASTOR MERCHANT, Fernando, «¿Por qué lo llaman procedimiento cuando quieren decir expediente? Sobre las funciones dogmáticas del expediente administrativo», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, v. 4, 2021, pp. 153 ss.

PONCE SOLÉ, Juli, «Los sujetos de la relación jurídico-administrativa y su participación en el procedimiento administrativo», en PAREJO ALFONSO, Luciano/VAQUER CABALLERÍA, Marcos (dirs.), *Estudios sobre el procedimiento administrativo. III. Instituciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 123 ss.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, «Redimensionar las potestades administrativas. La hipertrofia de un concepto en el derecho administrativo español», *Revista de Administración Pública*, núm. 226, 2025, pp. 93 ss.

RUFFERT, Matthias (coord.), *The Model Rules on EU Administrative Procedures: Adjudication*, Europa Law Publishing, Groningen, 2016.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, «El derecho de defensa ante las Administraciones Públicas», *Diario La Ley*, núm. 10656, 2025, pp. 1 ss.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideo. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2ª ed., Springer, Berlin, 2004.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard/KAUFHOLD, Ann-Katrin, «Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht», en VORKUHLE, Andreas/EIFERT, Martin/MÖLLERS, Christoph (coords.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, 3ª ed., C. H. Beck, München, 2022, pp. 3 ss.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard/SCHÖNDORF-HAUBOLD, Bettina, «Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund», en VORKUHLE, Andreas/EIFERT, Martin/MÖLLERS, Christoph (coords.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts I*, 3ª ed., C. H. Beck, München, 2022, pp. 247 ss.

SCHNEIDER, Jens-Peter, «Kodifikation des Europäischen Verwaltungsrechts», en KAHL, Wolfgang/LUDWIGS, Markus (coords.), *Handbuch des Verwaltungsrechts, Band II: Grundstrukturen des europäischen und internationalen Verwaltungsrechts – § 54*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2021, pp. 1037 ss.

SCHNEIDER, Jens-Peter/RENNERT, Klaus/MARSCH, Nikolaus (coords.), *ReNEUAL Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrenrecht. Tagungsband*, C. H. Beck, München, 2015.

SCHWARZE, Jürgen, *Europäisches Verwaltungsrecht*, v. II, Nomos, Baden-Baden, 1988.

SIEGEL, Thorsten, *Europeización del Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

SORIANO, José Eugenio (coord.), *Procedimiento Administrativo Europeo*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.

STELKENS, Ulrich/ANDRIJAUSKAITĖ, Agnė (eds.), *Good Administration and the Council of Europe. Law, Principles, and Effectiveness*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

SWEDISH AGENCY FOR PUBLIC MANAGEMENT, *Principles of Good Administration. In the Member States of the European Union*, Statskontoret, Stockholm, 2005.

TRIDIMAS, Takis, *The General Principles of EU Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2006.

VIÑUALES FERREIRO, Susana, *El procedimiento administrativo de la Administración Europea. De la regulación sectorial a la construcción de un régimen general*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

Diana Marcos Francisco
 Universidad Católica de
 Valencia San Vicente Mártir

El procedimiento testigo y la extensión de efectos de sentencias firmes en la jurisdicción civil: obstáculos para su eficacia

Sumario

El Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, introdujo, entre otras medidas de eficiencia en procesos civiles sobre condiciones generales de la contratación, la del procedimiento testigo y la extensión de efectos de sentencias, pensadas para reducir la litigación en masa (en especial los procedimientos sobre nulidad por abusividad de condiciones generales de la contratación) y la carga de trabajo de los tribunales así como para conseguir una homogeneidad en las respuestas judiciales ante casos sustancialmente idénticos. Sin embargo, transcurridos casi dos años desde su entrada en vigor, dichas figuras apenas están siendo utilizadas en la jurisdicción civil, y lo serán mucho menos si se aprueba en sus términos el Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.

Así las cosas, el presente trabajo tiene por objeto analizar los escollos que actualmente pueden estar impidiendo el uso y justificando la ineficacia de dichas medidas, u obstaculizarlo en el futuro.

Sólo si identificamos tales obstáculos será posible proponer medidas de lege ferenda para combatirlos -como hacemos en este trabajo- y así poder lograr instituciones realmente eficaces y eficientes, siempre dentro del marco del Derecho de la Unión Europea y la Constitución Española.

Abstract

Royal Decree-Law 6/2023, of December 19, introduced, among other efficiency measures in civil proceedings concerning standard contract terms, the test case procedure and the extension of the effects of judgments. These measures were designed to reduce mass litigation (especially proceedings concerning the nullity of standard contract terms due to their unfairness) and the workload of the courts, as well as to achieve consistency in judicial responses to substantially identical cases. However, almost two years after its entry into force, these mechanisms are hardly being used in civil jurisdiction, and will be used even less if the Bill on collective actions for the protection and defense of the rights and interests of consumers and users is approved in its current form.

Therefore, this paper aims to analyze the obstacles that may be preventing their use and justifying their ineffectiveness, or hindering their use in the future.

Only by identifying these obstacles it will be possible to propose measures de lege ferenda to address them—as this paper seeks to do—and thus achieve truly effective and efficient institutions, always within the framework of the Spanish Constitution.

Title: *The model procedure and the extension of effects of final judgment in the civil jurisdiction: barriers for their effectiveness*

Palabras clave: Litigación en masa, Protección del consumidor, Jurisdicción civil, Procesos civiles, Juicio verbal, Acciones individuales, Condiciones generales de la contratación, Procedimiento testigo, Extensión de efectos de sentencias firmes, Acciones colectivas.

Keywords: *Mass litigation, Consumer protection, Civil jurisdiction, Civil actions, Oral proceeding, Individual actions, Pre-determined clauses, Model procedure, Extension of effects of final judgment, Collective actions.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i2.13

2.2026

Recepción
07/02/2026

-

Aceptación
09/03/2026

-

Índice

-

1. Introducción

2. El procedimiento testigo

2.1. Introducción

2.2. Obstáculos derivados de la propia regulación del art. 438 bis LEC

a. Resultantes de los requisitos exigidos para su aplicación

b. Otros resultantes de su oscura redacción

2.3. Obstáculos derivados de otras figuras procesales

3. La extensión de efectos de sentencias firmes dictadas en juicios verbales a que alude el art. 250.1.14ª LEC

3.1. Obstáculos derivados de los requisitos exigidos para su aplicación

3.2. Obstáculos derivados de la defectuosa redacción del art. 519 LEC

3.3. Obstáculos derivados del nuevo régimen jurídico de acciones colectivas: el modelo *opt-out*

4. A modo de breves reflexiones finales

5. Bibliografía citada

6. Tabla de jurisprudencia citada

-

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

1. Introducción

Es sabido que el principio *pro consumatore* es un principio rector no sólo del Derecho sustantivo sino también del Derecho Procesal. En este sentido se han ido adoptando toda una serie de medidas para favorecer al consumidor, sobre todo de aquél que contrata en masa (que no negocia individualmente las cláusulas, sino que se limita a firmar contratos de adhesión con condiciones generales de la contratación, en muchos casos abusivas), que han constituido una auténtica revolución procesal. Basta con pensar que la protección del consumidor ha primado sobre los tradicionales principios dispositivo y de justicia rogada propios de los procesos civiles e, inclusive, sobre los clásicos criterios de imposición de costas¹ (aunque estos han sido recientemente modificados por la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, y en los mismos también han pasado a tener incidencia los MASCS). Ello no es extraño considerando que el TJUE ha entendido que esta normativa integra el orden público comunitario y ha ido dictando toda una serie de resoluciones, muchas que tienen su origen en cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales españoles, que traen causa en la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En este orden de consideraciones, las últimas medidas procesales que se han introducido (en concreto, lo han sido por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo -en adelante, RDL 6/2023-) para proteger al consumidor en este ámbito de las cláusulas abusivas, son el conocido como procedimiento, proceso o pleito testigo regulado en el nuevo art. 438 *bis* LEC y la extensión de efectos de la sentencia firme dictada en juicios verbales en que se hayan ejercitado acciones individuales sobre condiciones generales de la contratación² (esto es, la acción de nulidad o la de no incorporación³, a la que cabe acumular las accesorias de condena a devolver las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de la condición general de contratación nula o no incorporada) prevista en el art. 519.2 a 6⁴ LEC. Ambas medidas, que han sido importadas de la jurisdicción contencioso-administrativa⁵ e introducidas simultáneamente en el

¹ Sobre el particular puede verse LLOPIS NADAL, «Las matizaciones del TJUE al régimen de costas en el proceso civil español y su posible incidencia en las acciones de representación para la protección de intereses colectivos», en SÁNCHEZ RUBIO (dir.), *Más allá de la Justicia: nuevos horizontes del Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 379-390.

² Repárese en que hasta el RDL 6/2023 estas acciones se ejercitaban en juicios ordinarios por la materia *ex* art. 249.1.5ª. Dicho RDL amplía las materias que deben sustanciarse por los cauces del juicio verbal y, entre ellas, se encuentran «las demandas en que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia» (el RDL añade el numeral 14ª al art. 250.1 LEC). En coherencia con ello el RDL modifica el art. 249.1.5ª para reservar a los juicios ordinarios por la materia «las demandas en que se ejerciten acciones colectivas relativas a condiciones generales de contratación».

³ Estas son las dos posibles acciones individuales sobre condiciones generales de la contratación, reguladas en el Capítulo III (arts. 7 a 10) de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (sucesivamente, LCGC). Por su parte, las acciones colectivas en este ámbito (cesación, retractación y declaración) se encuentran reguladas en los arts. 12 a 20 (Capítulo IV).

⁴ Estos apartados fueron introducidos por el RDL 6/2023. Antes de este RDL el art. 519 tan solo contenía en su redacción lo que, tras esta reforma, ha pasado a ser el apartado 1 del precepto.

⁵ La institución del pleito testigo se regula en el art. 37.2 y 3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LRJCA) y la figura de la extensión de efectos, en los arts. 110 y 111 LRJCA.

orden social⁶, tienen en común posibilitar que los consumidores puedan beneficiarse de pronunciamientos contenidos en sentencias dictadas en procesos -los aludidos juicios verbales instados por otros consumidores individualmente- en que se han dilucidado situaciones jurídicas sustancialmente idénticas a las suyas, con el denominador común de versar sobre la nulidad o no incorporación de condiciones generales de la contratación (en adelante, CGC) que son iguales sustancialmente a las incluidas en el contrato en que aquellos son parte.

Estamos ante dos medidas cuya regulación, aunque fue finalmente introducida por el Gobierno mediante la figura del Real Decreto-ley⁷, traen causa en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia de diciembre de 2020 y, siguiéndole, el posterior y caducado Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia de abril de 2022⁸, con la finalidad última de descongestionar los tribunales⁹. En efecto, el RDL 6/2023 no ha hecho más que hacerse eco de lo que originariamente quiso tramitarse en el Parlamento, no pudo hacerse por la disolución de las Cortes en mayo de 2023 y posteriormente tampoco se quiso retomar por la adecuada vía parlamentaria¹⁰.

Es cierto que tales medidas no se circunscriben al ámbito del consumo, dado que es posible instar la nulidad o no incorporación de condiciones generales de la contratación con ocasión de relaciones jurídicas entre empresas o comerciales (distintas a las de consumo)¹¹. Pero también lo es que medidas como estas dos se introducen como respuesta a la litigación en masa en el ámbito del consumo (y, más en concreto, en el bancario o financiero); litigación caracterizada por la presentación de numerosas demandas individuales con causas muy similares y, por tanto, para la tutela de unos mismos intereses, que son supraindividuales por tratarse de intereses de una

⁶ En efecto, el RDL 6/2023 también las ha introducido en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (sucesivamente, LRJS), regulándose el procedimiento testigo en el art. 86 *bis* y la extensión de efectos en los arts. 247 *bis* y *ter*.

⁷ Ello resulta harto criticable al afectar tales medidas al derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y por ello debería haberse tramitado una Ley Orgánica aprobada por mayoría absoluta (arts. 81 y 86 CE).

⁸ *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, XIV legislatura, Serie A: proyectos de ley, de 22 de abril de 2022.

⁹ Si estamos al Plan Nacional de Estadística Judicial y, en concreto, a la actividad de los órganos judiciales, es evidente que cada vez se litiga más, con el consiguiente aumento generalizado de asuntos pendientes ante los tribunales. Así, p. ej., en 2024 ingresaron en la jurisdicción civil (en los tribunales de toda España) 3.563.053 asuntos y ese año se resolvieron 3.153.313; en el año 2023 ingresaron 2.985.083 asuntos en igual jurisdicción y se resolvieron 2.627.924; en el año 2022 ingresaron 2.809.693 y se resolvieron 2.637.463; y en el año 2021 ingresaron 2.587.127 asuntos y se resolvieron 2.588.065. Para ver dichos datos y los de años anteriores, *vid.* <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Plan-Nacional-de-Estadistica-Judicial/Actividad-Judicial/Actividad-de-los-Organos-Judiciales> (consultada el 8.1.26), apartado «Series», «Series Asuntos por TSJ 2001-2024».

¹⁰ Resulta curioso que el posterior Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios (*vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, XV legislatura, Serie A: proyectos de ley, de 22 de marzo de 2024) guardara silencio acerca del pleito testigo, regulando tan solo la posible extensión de efectos de sentencias en los mismos términos que la anterior normativa proyectada y, sin embargo, de nuevo se recuperó la regulación del pleito testigo en el RDL 6/2023.

¹¹ Al circunscribirse dichas figuras a estas CGC hay quien ha visto en la regulación una oportunidad perdida porque podría servir para agilizar procesos en otros ámbitos, como «en materia de defensa de la competencia, donde se han iniciado procesos en masa como el conocido cártel de camiones». *Vid.* TORRE SUSTAETA, «Diálogos para el futuro judicial LVII. El pleito testigo y la extensión de efectos en el proceso civil», *Diario La Ley*, núm. 10222, 2023, p. 14.

colectividad: la de los consumidores, y más concretamente los afectados por cláusulas abusivas¹². Para muestra, un botón. Basta con estar a algunos datos del poder judicial para ver que gran parte del colapso de nuestros tribunales se debe a estas demandas¹³. Por ello, aunque el RDL 6/2023 nada diga al respecto en su Preámbulo, más allá de que el pleito testigo persigue «dotar de mayor celeridad a los pleitos, sin merma alguna de las garantías procesales ni derechos de las partes» y optimizar recursos, optimización también pretendida con la otra medida sobre extensión de efectos¹⁴, no hay duda de que tales mecanismos procesales responden a las avalanchas de demandas en sede de cláusulas abusivas en el sector bancario¹⁵ y de que, junto a otras medidas introducidas por el propio RDL 6/2023, constituyen el principio de otras medidas cuyo fin primordial es la eficiencia y que han culminado en la mencionada LO 1/2025.

Además de las dos citadas figuras procesales, hay otra medida ahora proyectada (está en tramitación en las Cortes Generales) que, aunque tampoco está pensada exclusivamente para los casos en que existan cláusulas abusivas, no hay duda de que este es un campo en que puede ser de gran utilidad: me refiero al nuevo régimen jurídico de acciones colectivas que pretende introducirse en virtud del Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios¹⁶.

¹² Esto es algo que sabe el propio CGPJ, que fue quien inicialmente propuso estas dos medidas (en términos similares a los términos de las finalmente aprobadas) en época de pandemia (*vid.* las medidas 2.12 y 2.15 que constan en la segunda versión de medidas organizativas y procesales del Plan de choque para la Administración de Justicia tras el estado de alarma, accesible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/En-Portada/La-Comision-Permanente-del-CGPJ-toma-conocimiento-del-documento-de-trabajo-definitivo-de-medidas-organizativas-y-procesales-del-plan-de-choque-para-la-Administracion-de-Justicia-tras-el-estado-de-alarma>, consultada el 9.1.26), aunque finalmente no fueron acogidas en su Plan de choque aprobado por el Pleno el 16 de junio de 2020 (puede accederse a él a través de <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-Pleno-del-organo-de-gobierno-de-los-jueces-aprueba-el-plan-de-choque-del-CGPJ-para-la-reactivacion-tras-el-estado-de-alarma>, consultada el 9.1.26). La aludida segunda versión ya indicaba, en su p. 131, al tratar el impacto de pleito testigo, que «para hacernos una idea del impacto futuro, en España, durante el año 2018, se registraron 202.787 asuntos en los llamados juzgados de cláusulas suelo, el 11,2% de los 1.802.031 que ingresaron en los juzgados de primera instancia e instrucción y en los juzgados de primera instancia, excluidos los especializados en familia y capacidad de las personas. Y en el año 2019 los registrados fueron 132.471 asuntos, el 6,9% de los 1.908.159 del total ingresados en la primera instancia, excluidos los órganos especializados en familia y capacidad de las personas».

¹³ Por poner algunos datos, durante el año 2021 ingresaron en los juzgados especializados en cláusulas abusivas 116.293 asuntos (para más detalles sobre ese año y años anteriores, *vid.* <https://www.poderjudicial.es/cgpj/en/Judiciary/Panorama/Los-Juzgados-de-clausulas-abusivas-han-resuelto-ya-el-71-6-por-ciento-de-los-713-129-asuntos-ingresados-desde-su-puesta-en-marcha-en-junio-de-2017>, consultada el 8.1.26), lo que representa -redondeando- un 4,5 % del total de asuntos que ingresaron en la jurisdicción civil (*vid. supra*, nota a pie 9).

¹⁴ *Vid.* apartado VI.

¹⁵ De hecho, el citado Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia de diciembre de 2020 y, siguiéndole, el también citado Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia, sí pergeñaba en su Exposición de Motivos que «es previsible que la regulación de este procedimiento testigo reducirá notablemente la litigación en masa, en especial los procedimientos sobre nulidad por abusividad de las condiciones generales de la contratación en los que haya que valorar únicamente elementos objetivos, y evitará la necesidad de completa tramitación de los procedimientos ya iniciados con identidad sustancial de objeto, lo que supondrá un alivio muy considerable en las cargas de trabajo de los órganos judiciales, reforzándose además la homogeneidad en la respuesta de la Justicia ante esta tipología de procedimientos» (apartado V, párrafo 14º).

¹⁶ *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, XV legislatura, Serie A: proyectos de ley, de 14 de marzo de 2025.

Entre las obras que versan sobre recientes reformas proyectadas en materia de acciones colectivas pueden verse ABAD ARENAS, «La regulación de las acciones colectivas: un intento fallido al amparo del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de eficiencia del servicio público de justicia y de protección y defensa de los consumidores y usuarios», *Actualidad Civil*, núm. 3, 2025 y CASTILLO FELIPE, «Análisis crítico de la ejecución en el proyecto de ley de acciones

Ante las carencias e ineficacia de nuestro sistema de acciones colectivas, por un lado, y por otro lado del sistema de extensión de efectos (hasta el RDL 6/2023 los arts. 221 y 519 LEC sólo permitían extender efectos de sentencias dictadas en procesos colectivos a los consumidores afectados, pero no extender los efectos de sentencias dictadas en procesos individuales a otros consumidores afectados¹⁷), resultaba necesario articular en sede de CGC el pleito testigo y la extensión de efectos para los casos en que se ejercitaran acciones individuales, a la vez que articular un sistema de acciones colectivas eficaz¹⁸ que -y esto es importante- traspusiera la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los intereses de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE¹⁹. Las tres medidas, una vez más, son medidas complementarias y disruptivas que constituyen una excepción al clásico principio procesal de la eficacia inter partes de la cosa juzgada y que resultan imprescindibles si se quiere combatir la litigiosidad en masa con el consiguiente alivio de la carga de los tribunales.

Pues bien, dejando de lado la normativa proyectada y centrándome en la ya aprobada, las dos medidas procesales reseñadas (pleito testigo y extensión de efectos de sentencias) entraron en vigor el 20 de marzo de 2024 (vamos camino de dos años) y, sin embargo, los datos demuestran que apenas se han usado²⁰.

colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios», en GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN (dir.), *La persona física en el proceso civil: evolución reciente en los conceptos de capacidad, legitimación y representación*, Atelier, 2025.

¹⁷ No se preveía, y sigue sin preverse, la extensión de efectos de una situación individual a una colectiva. Vid. PÉREZ MARÍN, «La protección de los derechos de los consumidores a través del pleito testigo o la ilusión del legislador», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 60, 2023, p. 10.

¹⁸ Hay quien ha entendido que medidas como la del pleito testigo son un reconocimiento expreso del fracaso de las acciones colectivas en Derecho español. Entre ellos, en los «Diálogos para el futuro judicial LVII. El pleito testigo y la extensión de efectos en el proceso civil», *cit.*, se encuentran PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, quien recuerda «la acción colectiva sobre nulidad de cláusulas suelo entablada por una asociación de consumidores ya hace más de una década sobre la que todavía no ha habido resolución firme»; o VACAS CHALFOUN, quien apunta la «insuficiente publicidad oficial dada a los procedimientos en que se ejercitan acciones colectivas y a las Sentencias que los resuelven». Menos tajante se muestra en los mismos Diálogos RAYÓN BALLESTEROS, aunque cree que pueda deberse a ello. En contra, sin embargo, se muestran BUENOSVINOS GONZÁLEZ y FERNÁNDEZ LÓPEZ, quienes argumentan su postura en que los procesos colectivos tienen objetivos y finalidades distintos a los propios de los procesos individuales. Desde mi punto de vista, medidas como el pleito testigo y la extensión de efectos obedecen tanto al fracaso de las acciones colectivas como a la distinta naturaleza y fines perseguidos por los procesos colectivos e individuales. Pensemos en que hay ocasiones en que no compensa litigar a los consumidores individualmente, atendidos los gastos que ello implica y la escasa cuantía que podrían solicitar en el proceso individual. Y eso cuando quepa acumular pretensiones de condena, porque habrá casos en que éstas no existan, como p. ej. cuando se pretenda declarar la nulidad de una cláusula abusiva cuya aplicación no haya conducido a desembolsos indebidos; casos en que el consumidor se planteará, aún menos, acudir a los tribunales. Es especialmente en todos estos supuestos donde las acciones colectivas pueden ser de gran utilidad, siempre y cuando se articulen correctamente.

¹⁹ En efecto, digo que «esto es importante» porque tal Directiva tenía que haberse traspuesto a más tardar el 25 de diciembre de 2022 (*vid.* su art. 24.1).

²⁰ Así, el pleito testigo se ha utilizado de manera muy limitada, como lo demuestran los datos recogidos en los Boletines trimestrales de recogida de datos del CGPJ. Vid. GARCÍA HERNÁNDEZ, «Algunos problemas prácticos del R.D. 6/2023», *Boletín de derecho Privado de la asociación Judicial Francisco de Vitoria*, núm. 7, 2025, p. 5. Aunque accediendo a tales Boletines de los años 2024 y 2025 (<https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Estadistica-Judicial/Informacion-general/ch.Boletines-trimestrales-de-recogida-de-datos.formato1/?filtroAnio=2024>, consultada el 30.12.2025) no he podido acceder a ninguna información (los Boletines aparecen sin cifras), es posible consultar la base de datos de la estadística judicial (<https://www6.poderjudicial.es/PXWeb-20252->

Así las cosas, y considerando los aludidos datos estadísticos, el presente trabajo tiene por objeto analizar los escollos que pueden estar impidiendo el uso (o hacerlo en un futuro) y justificando la ineficacia del pleito testigo y la extensión de efectos de sentencias. Sólo si identificamos tales obstáculos será posible proponer medidas para combatirlos y lograr instituciones realmente eficaces y eficientes.

Dicho análisis partirá del estudio del tenor literal de los preceptos que regulan estas dos figuras (arts. 438 *bis* y 519 LEC) y tendrá en cuenta la restante regulación de la LEC (la vigente y la propuesta por la aludida normativa proyectada sobre acciones colectivas), la actual regulación de la LRJCA y la LRJS sobre aquellos dos mecanismos procesales y la recogida en la LCGC. Como no puede ser de otra forma, tal examen se realizará a la luz del Derecho de la Unión Europea (en particular, de la mencionada Directiva 93/13/CEE) y de nuestra Constitución Española, considerando la correspondiente jurisprudencia (del TJUE, TC, TS y la conocida como jurisprudencia menor) que interpreta las aludidas normas, así como estudios doctrinales previos.

2. El procedimiento testigo

2.1. Introducción

Antes de empezar a hablar de los obstáculos, resulta imprescindible referirse a los requisitos fundamentales que deben concurrir para que proceda acordar el pleito testigo. Del art. 438 *bis* LEC se desprende que para que quepa observar el pleito testigo resulta necesario: 1) Que existan procesos judiciales (juicios verbales por la materia del art. 250.1.14^{a21}) pendientes o, al menos, planteados en los que se discuta sobre CGC, que pueden ser idénticas o sustancialmente iguales; 2) Y que en ellos no sea preciso realizar un control de transparencia ni valorar la existencia de vicios en el consentimiento del consumidor.

Concurriendo tales requisitos, el juez o la jueza, previa dación de cuenta del o la LAJ (que es quien «entra en escena» al corresponderle en principio admitir las demandas y, por ello, constatar que se dan tales requisitos), acordará suspender varios de los procesos en que se debate sobre la misma o muy parecida CGC y dar tramitación preferente o prioritaria al denominado -por la LEC- procedimiento «testigo» o, también llamado por la doctrina, «guía», «piloto» o «modelo». Ello con la idea de que, finalizado este pleito por sentencia firme, los consumidores demandantes en

v1/pxweb/es/10.-Juzgados%20de%20Primera%20Instancia%20e%20Instrucci%C3%B3n/-/OUJII011.px/) para ver que no aparecen procedimientos testigo en los distintos juzgados.

²¹ Aunque el tenor literal del art. 438 *bis* no aclara si el pleito testigo debe ser un juicio verbal a que alude el art. 250.1.14^a, parece que también debe serlo y que no podrían serlo juicios ordinarios en que se hayan ejercitado acciones colectivas sobre CGC (art. 249.1.5^a LEC). Y ello: 1) porque el art. 438 *bis* se ubica dentro de las normas que regulan los juicios verbales (Título III del Libro II de la LEC, arts. 437 a 447 *bis*); 2) porque ello es lo coherente con la posible «extensión de efectos de sentencias dictadas en procedimientos en los que se hayan ejercitado acciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación» regulada en el art. 519.2 LEC; 3) y porque defender una posible suspensión del proceso individual cuando exista otro colectivo pendiente, por lo menos en el caso de que la acción colectiva sea de cesación o de nulidad, se alejaría de la jurisprudencia del TJUE, TC y TS, que entienden que la sentencia no produce efectos de cosa juzgada -ni previamente existirá litispendencia- en un posterior proceso en que se ejercite una acción individual en la medida en que estamos ante acciones de distinta naturaleza en que no hay identidad subjetiva ni objetiva. Las cosas no están tan claras cuando la acción colectiva es resarcitoria o reparadora. *Vid.*, para más detalles, CORDÓN MORENO, «Litispendencia y cosa juzgada en los procesos para la tutela de los derechos de los consumidores», accesible en <https://ga-p.com>, consultada el 4.1.26.

los procedimientos suspendidos, puedan limitarse a solicitar la extensión de los efectos de la sentencia dictada en aquel pleito modelo (obviamente, cuando se haya estimado la demanda y les sea beneficiosa la extensión) y así ahorrarse tener que pasar por todo un proceso declarativo.

Como ya indiqué *supra*, el pleito testigo apenas está siendo empleado en la práctica, por lo que conviene preguntarse por qué. Con el presente trabajo pretendo plantear, exponer y analizar algunos problemas o dificultades que suscita o provoca la aplicación del pleito testigo que pueden estar limitando su eficacia e incidiendo en su escaso uso. Para ello voy a distinguir entre obstáculos que derivan de la propia regulación del pleito testigo (deja bastante que desear, hasta el punto de hacer «poco atractivo recurrir a él atendiendo a la realidad de colapso que tiene cualquier juzgado de primera instancia en la actualidad (...), siendo más práctico la tramitación individualizada»²²) y otros que derivan de una interpretación sistemática del art. 438 *bis* LEC con el resto de la LEC.

Comenzando por los obstáculos atendiendo a la propia regulación del pleito testigo, algunos derivan de los requisitos que se tienen que dar o concurrir para que proceda el pleito testigo (ya sea por su falta de claridad ya sea porque constituyen importantes limitaciones para la aplicación de esta figura) y otros derivan de la oscura regulación del art. 438 *bis* LEC con respecto a otras cuestiones procesales o procedimentales.

2.2. Obstáculos derivados de la propia regulación del art. 438 bis LEC

Empezaré hablando de los obstáculos que resultan de los requisitos exigidos.

a. Resultantes de los requisitos exigidos para su aplicación

1º) En relación con tales requisitos, el primer obstáculo es de carácter temporal: estamos ante una figura (la del pleito testigo) que, al igual que sucede con respecto a la medida de extensión de efectos, tiene el inconveniente de no poderse aplicar con respecto a procesos que hayan empezado antes del 20 de marzo de 2024.

La Disposición transitoria segunda del RDL 6/2023 establece que «las previsiones recogidas por el libro primero del presente real decreto-ley serán aplicables exclusivamente a los procedimientos judiciales incoados con posterioridad a su entrada en vigor, salvo que en este se disponga otra cosa». Al estar las medidas estudiadas recogidas en el Título VIII de dicho Libro I (y, por tanto, entrar en vigor a los tres meses de la publicación de dicho RDL en el BOE el 20 de diciembre de 2023, tal y como indica el apartado 2, 2º de la Disposición final novena) y no haberse establecido otra cosa, cabe pensar que no podrá ser designado como pleito testigo un proceso iniciado antes del 20 de marzo de 2024. Y no cabe otra interpretación (ni siquiera para la figura de la extensión de efectos de sentencias, en la que podría haber más dudas²³) porque antes de la entrada en vigor del RDL 6/2023 las acciones individuales relativas a CGC se tramitaban por los

²² GARCÍA HERNÁNDEZ, «Algunos problemas prácticos del R.D. 6/2023», *cit.*, p. 14.

²³ Y ello porque, mientras que el pleito testigo requiere necesariamente de la existencia de procesos que hayan comenzado y estén pendientes, no ocurre lo mismo con respecto a la extensión de efectos, que se solicitará planteando un mero incidente.

cauces del juicio ordinario y recordemos que tanto el pleito testigo como la extensión de efectos se aplican con respecto a demandas de juicios verbales a que alude el art. 250.1.14^a LEC²⁴.

2º) El tercer obstáculo deriva de la dificultad de apreciar la existencia de procesos pendientes con identidad objetiva en lo sustancial, presupuesto que -según la mayoría de la doctrina- se requiere para poder aplicar la figura del pleito testigo. Aunque el art. 438 *bis* no exija expresamente tal identidad objetiva (ni nada diga al respecto el Preámbulo del RDL 6/2023) sino sólo exija identidad sustancial de las CGC (lo que significa que deben ser condiciones generales cuyo sentido o significado sea el mismo, tengan el mismo tenor literal en su redacción o este cambie), cabe entender que tal identidad sustancial debe predicarse del objeto del proceso y no sólo de las CGC²⁵, en la línea de lo previsto por la LRJCA y LRJS (tanto el art. 37.2 LJCA como el art. 86 *bis*.1 LRJS exigen que haya procesos pendientes «con idéntico objeto») y en consonancia con lo exigido por los arts. 519.2.a) LEC, 110.1.a) LJCA y 247 *bis*.1.a) LRJS para la extensión de efectos (exigen que las partes actoras de los distintos procesos se encuentren en una «idéntica situación jurídica»²⁶). La existencia de cláusulas sustancialmente iguales no garantiza que estemos ante unas mismas situaciones jurídicas, por lo que la regulación del art. 438 *bis* también resulta harto discutible en este punto, siendo imprescindible que tanto en el proceso testigo como en los dependientes se haya ejercitado la misma o esencialmente igual pretensión de no incorporación al contrato de la CGC o de declaración de su nulidad.

Así las cosas, la similitud de pretensiones debería estar referida tanto a la identidad sustancial de la cláusula impugnada como de *petitum* y hechos jurídicamente relevantes o *causa petendi*, siendo irrelevante -ahora sí-, como así lo ha indicado la jurisprudencia contencioso-administrativa, que existan aspectos no jurídicos accidentales (irrelevantes), como fechas o periodos de referencia, las cantidades reclamadas, lugares u otros factores (entre otras resoluciones, *vid.* SAN 226/2016, de 20 de abril [ECLI:ES:AN:2016:1586], FD Tercero; STS 1489/2018, de 9 de octubre [ECLI:ES:TS:2018:3445], FD Sexto).

En este sentido se ha pronunciado alguna Audiencia Provincial, que acaba estimando recursos de apelación, dejando sin efecto la suspensión de la tramitación y la aplicación del mecanismo del procedimiento testigo, por no concurrir en esencia la identidad necesaria entre ambos procedimientos²⁷. Y es que en principio resulta más fácil apreciar una identidad objetiva que

²⁴ En contra, sin embargo, autoras como MARTÍNEZ DEL TORO, «El procedimiento testigo y el juicio verbal. Sus modificaciones en el Real Decreto Ley 6/2023. Arts. 438 *bis* y 440 y ss. LEC», *Práctica de Tribunales*, núm. 166, 2024, p. 12, para quien nada impide que el pleito testigo pueda estar tramitándose antes de la entrada en vigor del RDL 6/2023 porque, «en su tramitación, en nada afecta la regulación del nuevo art. 438 *bis* LEC, a excepción de que deba ser preferente».

²⁵ De hecho, el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia de diciembre de 2020 y, siguiéndolo, el posterior Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia, pergeñaba en el apartado V, párrafo 13º de su Exposición de Motivos, que «el procedimiento testigo es una vía que se articula para dar respuesta a *demandas con identidad sustancial de objeto* sin necesidad de tramitar todas ellas. (...) De este modo se evita la tramitación simultánea o sucesiva de *procedimientos judiciales sustancialmente idénticos* en aras de garantizar un principio de economía procesal concebido de una manera mucho más amplia» (la cursiva es mía).

²⁶ Así es como cabría entender esta confusa expresión («idéntica situación jurídica»), como sinónimo de identidad objetiva en lo sustancial. Entre los más recientes autores, ARMENGOT VILAPLANA, «El pleito testigo y la extensión de los efectos de una sentencia: dos intentos (imperfectos) para agilizar las respuestas en la litigación masiva», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 66, 2025, p. 29.

²⁷ Puede verse el AAP de Lleida 122/2025, de 5 de mayo (ECLI:ES:APL:2025:114A), RJ Segundo, según el cual resulta «relevante en este caso el hecho de que, aunque se cuestiona similar cláusula de repercusión de gastos de

permita aplicar el pleito testigo en la vía contencioso administrativa que en la jurisdicción civil: mientras un mismo acto administrativo (con idéntica fundamentación, que puede dictarse sin tener en cuenta la concreta situación del administrado por la mera inobservancia de la legalidad) puede dictarse y afectar a distintos ciudadanos, no sucede lo mismo en el ámbito del Derecho privado o, si se prefiere, de las relaciones jurídicas privadas porque, incluso siendo éstas homogéneas, es más probable que haya particulares diferencias relevantes que, en caso de surgir controversias, conducirán a una «singularidad del conflicto subyacente»²⁸.

En consecuencia, y ante tal dificultad en la apreciación de la identidad objetiva surge otro obstáculo relacionado: difícilmente tribunales colapsados decidan dedicar grandes esfuerzos para apreciar tal identidad, al igual que para aplicar un precepto que, como es el art. 438 *bis*, plantea muchas dudas en su redacción, siéndoles más fácil continuar con la tramitación de los distintos procedimientos.

Dicho todo lo anterior, se plantea la duda de si, para apreciar tal identidad objetiva, resulta necesario que, además de coincidir la pretensión de no incorporación de la CGC esencialmente igual o la de su nulidad, coincida -se haya acumulado- la de restitución de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de la CGC. Al respecto es posible defender dos posturas. Así, cabría entender que un proceso en que también se haya pedido tal restitución sólo podrá ser dependiente de uno testigo cuando en éste igualmente se haya acumulado tal pretensión (aunque puedan diferir las cantidades)²⁹. Pero también podría defenderse que no es necesario para apreciar la identidad objetiva que en el pleito testigo se haya pedido acumuladamente la restitución de las cantidades. Esta segunda interpretación, además de ser coherente con la posibilidad expresamente prevista en el art. 438 *bis*.3 de poder continuar el proceso suspendido para resolver pretensiones que no hayan sido resueltas en el proceso testigo, lo es con la postura de la doctrina y aquellos tribunales³⁰ que considera que la propia declaración de nulidad comporta *per se* el deber de restituir y por ello no se requiere el ejercicio de una acción independiente -acumulada- de condena al pago de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de la cláusula nula.

formalización a cargo del prestatario, en el presente procedimiento no estamos ante un préstamo hipotecario sino que se trata de una escritura de compraventa con subrogación en el originario préstamo hipotecario y novación (ampliación del mismo)». Es discutible que simplemente por existir dicha subrogación y novación, irrelevante desde mi punto de vista, considere la AAP de Lleida que no existe identidad objetiva.

²⁸ PEREA GONZÁLEZ, «Hacer generalidad de la singularidad: pleito testigo y extensión de efectos ¿Una nueva tutela del conflicto privado?», *Diario La Ley*, núm. 9676, 2020, p. 5. De ahí que hay quien dice que al trasladar el pleito testigo de la jurisdicción contencioso-administrativa a la civil se desnaturaliza el concepto de acción. BUENOSVINOS GONZÁLEZ, «Diálogos para el futuro judicial LVII. El pleito testigo y la extensión de efectos en el proceso civil», *cit.*, p. 20.

²⁹ En este sentido, autoras como ARMENGOT VILAPLANA, «El pleito testigo y la extensión de los efectos de una sentencia: dos intentos (imperfectos) para agilizar las respuestas en la litigación masiva», *cit.*, p. 22.

³⁰ No lo entiende así el TS, quien en su STS (Sala de lo Civil) 139/2015, de 25 de marzo (ECLI:ES:TS:2015:1280), FD Quinto, considera que «al apreciarse que a la acción de cesación no se le acumularon pretensiones de condena y concretas reclamaciones de restitución, mientras que en la presente acción individual sí se formulan de esta naturaleza, es por lo que no cabe estimar que en la presente litis tenga fuerza de cosa juzgada (...)», términos literalmente reproducidos por numerosa jurisprudencia menor. Entre la última que los reproduce cabe citar la SAP Burgos 227/2017, de 20 de abril (ECLI:ES:APBU:2017:367); SAP Madrid 218/2017, de 28 de abril (ECLI:ES:APM:2017:7998); SAP Pontevedra 231/2017, de 18 de mayo (ECLI:ES:APPO:2017:992), y la SAP A Coruña 134/2017, de 30 de junio (ECLI:ES:APC:2017:1523).

Esta cuestión no es nada sencilla porque, si estamos al art. 8 LCGC en principio podemos pensar que el efecto natural de la nulidad de pleno derecho debe ser la restitución de las cantidades y no es necesario acumular ninguna acción de restitución; sin embargo, si estamos a otros preceptos en sede de acciones colectivas de igual LCGC (art. 12.2, 2^o³¹) o incluso de otras leyes³² se desprende lo contrario: que como es una acción que cabe acumular, debería acumularse en la demanda. Ante esta falta de claridad no sorprende que haya autores que entiendan que «de formularse una mera pretensión de declaración de nulidad, no nos parece que debiera considerarse incongruente un pronunciamiento que afirmase la procedencia de la restitución, si el demandante, en el ejercicio de su facultad de disposición no ha querido limitar o modular el alcance de esa restitución»³³.

Así las cosas, los jueces y juezas que partan de esta interpretación considerarán que es posible aplicar la figura del proceso testigo en el hipotético caso de que en el proceso modelo se haya ejercitado tan solo la pretensión de no incorporación o la de nulidad de una CGC y en otro u otros dependientes se haya acumulado la de devolución de cantidades³⁴.

3º) En relación con lo que se acaba de exponer, otro obstáculo resulta de la ineficacia del pleito testigo cuando el objeto del proceso o procesos suspendidos no coincida totalmente con el del procedimiento testigo, atendiendo a otras pretensiones ejercitadas.

En efecto, si el objeto del proceso planteado solo coincide parcialmente con el del pleito modelo porque se ha ejercitado una o varias pretensiones no acumuladas en el proceso guía (en cuyo caso sería posible el pleito testigo *ex* art. 438 *bis*³⁵), la técnica del pleito testigo no ofrece resultados satisfactorios en cuanto a economía procesal y rapidez en la resolución del caso³⁶, como ya se ha puesto de manifiesto con respecto a la jurisdicción contencioso-administrativa³⁷. Y ello porque

³¹ Conforme a esta norma, «a la acción de cesación podrá acumularse, como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones».

³² *Vid.* el art. 53, 3º del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

³³ LÓPEZ SÁNCHEZ, «Prospectiva de la tutela colectiva en España: entre el proceso testigo y la transposición de la Directiva 2020/1828», en BARONA VILAR (ed.), *Justicia poliédrica en periodo de mudanza: nuevos conceptos, nuevos sujeto, nuevos instrumentos y nueva intensidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 136 y 137. De ahí que, en similar sentido, autores como GASCÓN INCHAUSTI, *Acumulación de acciones y de procesos civiles*, La Ley, 2019, p. 16, consideren que tal restitución no deriva de una acumulación de acciones.

³⁴ Será más normal que se plantee este supuesto cuando se ejercite una acción colectiva de declaración de nulidad y cesación de cierta cláusula abusiva, y en otro procedimiento se ejerciten acciones individuales acumuladas (no incorporación o nulidad y devolución de cantidades) con respecto a igual CGC. Y ello porque en la práctica en las demandas lo normal es que el abogado que redacta la demanda configure la restitución de las cantidades como una petición acumulada accesoriamente.

³⁵ Fíjese en que este precepto se limita a indicar que la demanda presentada en el pleito dependiente «incluye pretensiones que están siendo objeto de procedimientos anteriores planteados por otros litigantes»; pretensiones que pueden, por tanto, no ser todas las ejercitadas en el pleito guía. Por otro lado, de este mismo precepto (apartado 3) se desprende que el juez dictará providencia considerando procedente continuar con el procedimiento cuando no hayan sido resueltas «todas las cuestiones planteadas en él en la sentencia del procedimiento testigo, relacionando aquellas que considere no resueltas» y que, si el consumidor decide continuar el procedimiento suspendido, deberá indicar las «pretensiones que deben ser, a su juicio, resueltas».

³⁶ ARMENGOT VILAPLANA, «El pleito testigo y la extensión de los efectos de una sentencia: dos intentos (imperfectos) para agilizar las respuestas en la litigación masiva», *cit.*, p. 9.

³⁷ CAVAS MARTÍNEZ, «El nuevo pleito testigo en la jurisdicción social», en CAVAS MARTÍNEZ/FERRANDO GARCÍA (dirs.), *El proceso laboral tras las reformas de 2023 y 2025*, Laborum, 2025, p. 152.

será preciso levantar la suspensión y reanudar los procedimientos suspendidos -no se evita, pues, la tramitación de otros procedimientos- para resolver las pretensiones pendientes (p. ej., la impugnación de otras CGC o -si partimos de entender que para aplicar el pleito testigo basta con que se haya ejercitado en los procedimientos una misma pretensión de no incorporación al contrato de la CGC esencialmente igual o de declaración de su nulidad- la restitución de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de la CGC).

4º) Otro obstáculo deriva del reducido ámbito de aplicación material del pleito testigo: al solo aplicarse cuando se debata sobre CGC y no resultar aplicable cuando deba realizarse un control de transparencia o de vicios del consentimiento, se está limitando mucho su campo de acción porque en la mayoría de los casos la demanda se interpone por un consumidor que alega la abusividad de cláusulas que definen el objeto principal del contrato y en que es preciso realizar un doble control de transparencia³⁸, como sucede con las cláusulas «suelo» o multidivisa³⁹.

En efecto, aunque este mecanismo puede ser útil con respecto a otras cláusulas abusivas, como las de gastos hipotecarios, en que es posible declarar objetivamente la abusividad de la cláusula y consiguiente nulidad valorando cuestiones puramente jurídicas y sin tener en cuenta las concretas circunstancias del caso, no puede serlo con respecto a la mayoría de las cuestionadas, que afectan al objeto esencial del contrato y que requieren analizar individualmente si el consumidor era consciente de la repercusión jurídica y económica de la cláusula⁴⁰. En este sentido el pleito testigo no habría servido para descongestionar los tribunales en los conocidos casos de las preferentes de Bankia.

Obsérvese que el art. 438 *bis*, además de excluir de su ámbito de aplicación los supuestos en que sea «preciso realizar un control de transparencia de la cláusula», también deja fuera los casos en

³⁸ En sentido similar, *vid.* Informe del CGPJ al Anteproyecto de Medidas de Eficiencia Procesal de 22 de julio de 2021, p. 149. También, entre muchos otros autores, *vid.* MORENO GARCÍA, «El procedimiento testigo y la extensión de efectos en la jurisdicción civil. A propósito del Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre», en ALONSO SALGADO/RODRÍGUEZ ÁLVAREZ/VALIÑO CES (dirs.), *Nuevos debates acerca del sistema de justicia civil*, Dykinson, 2025, p. 108; NOYA FERREIRO, «El pleito testigo: consideraciones iniciales sobre su regulación en el proceso civil», en ALONSO SALGADO/RODRÍGUEZ ÁLVAREZ/VALIÑO CES (dirs.), *Nuevos debates acerca del sistema de justicia civil*, Dykinson, 2025, p. 89; RAYÓN BALLESTEROS y VACAS CHALFOUN, «Diálogos para el futuro judicial LVII. El pleito testigo y la extensión de efectos en el proceso civil», *cit.*, p. 12.

³⁹ Como señala el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de Medidas de Eficiencia Procesal de 22 de julio de 2021, «el control de transparencia constituye una construcción jurídica elaborada por la jurisprudencia del TJUE en la interpretación de la Directiva 93/13, y particularmente de su artículo 4.2» (p. 143), artículo que se refiere a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida; control que es necesario superar para reputar válidas las cláusulas. En el ámbito de las cláusulas abusivas se habla de dos controles: un primer control formal de no incorporación de la cláusula cuando ésta no es clara en su redacción o el adherente no ha tenido oportunidad real de conocerla de manera completa, control aplicable a todo adherente aunque no tenga la condición de consumidor (en el ámbito del consumo a este control también se le denomina control de transparencia formal) y un segundo control de abusividad o contenido (también llamado control de transparencia material), en virtud del cual resulta imprescindible que el consumidor haya podido ser consciente durante la contratación de las repercusiones o efectos jurídicos y económicos de las cláusulas contractuales. Y, tal y como ha advertido el TJUE, lo importante no es que el consumidor realmente haya entendido en el caso concreto tales consecuencias, sino que el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato permitieran «a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz» evaluar tales efectos (entre las más recientes en este sentido, STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16 [ECLI:EU:C:2017:703]).

⁴⁰ ACHÓN BRUNÉN, «Futuras reformas legales que afectan a pleitos con consumidores y usuarios: especial referencia a la extensión de efectos y al “pleito testigo” en los procesos de nulidad de cláusulas abusivas», *Práctica de Tribunales*, núm. 146, 2020, pp. 5-6 y 10.

que hay que «valorar la existencia de vicios en el consentimiento del contratante». Como bien se ha apuntado, técnicamente es incorrecta esta segunda exclusión porque «la acción de anulación por error o vicios en el consentimiento se proyecta sobre todo el contrato y tiene su fundamento en el Código Civil (art. 1300 *et seq.* CC)»⁴¹, por lo que estamos ante acciones distintas a las propias de la LCGC. Probablemente el prelegislador aludió a estos dos elementos (transparencia y consentimiento) por la enorme relación que hay entre ellos cuando se impugnan por consumidores CGC que afectan o definen el objeto principal del contrato: «cuando las cláusulas esenciales referenciadas en el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE, no estén redactadas de forma clara y comprensible deberán ser sometidas a un control de transparencia y, si este no se supera, deberá realizarse el control de contenido, es decir, un control de abusividad basado en el consentimiento, aunque dicho precepto no haya sido transpuesto»⁴² (STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18 [ECLI:EU:C:2020:138]). Siendo entonces así, sería razonable entender que el control de transparencia excluido de la aplicación del art. 438 *bis* LEC es el referido a la falta de transparencia material⁴³.

Estamos ante dos exclusiones que, aunque cohonestan y entroncan con el comentado requisito de necesaria identidad objetiva porque difícilmente podamos decir que esta exista cuando sea preciso examinar las circunstancias del caso, hay quien no ve problemas en que no se hubieran previsto⁴⁴.

5º) Otro óbice importante, esta vez de carácter procesal, consiste en la necesidad de tenerse que haber presentado inicialmente demandas individuales de juicio verbal del art. 250.1.14ª LEC por los consumidores afectados por las CGC para poder aplicar la figura del proceso testigo. Con esta previsión se impide la aplicación de esta figura en todos aquellos casos en que los consumidores afectados no son los demandantes iniciales (es la empresa), sino mediante reconvencción. Hay supuestos en que los consumidores piden la declaración de nulidad de cláusulas abusivas y la restitución de las cantidades satisfechas a su amparo tras la entidad bancaria inicialmente demandarles por incumplimiento del contrato de financiación.

Para muestra, un botón. Basta con estar a casos como el de la reciente STS (Sala de lo Civil) 1943/2025, de 22 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:5877), que estima el recurso de casación interpuesto por dos consumidores declarando la nulidad de varias cláusulas abusivas (entre ellas, la cláusula suelo y la de atribución de gastos hipotecarios a los consumidores) y la

⁴¹ SCHUMANN BARRAGÁN, «El procedimiento testigo y la extensión de efectos de la sentencia», en BANACLOCHE PALAO/GASCÓN INCHAUSTI (dirs.), *Los procesos judiciales tras las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2023*, La Ley, Madrid, 2024, p. 270.

⁴² PÉREZ MARÍN, «La protección de los derechos de los consumidores a través del pleito testigo o la ilusión del legislador», *cit.*, p. 25.

⁴³ ARMENGOT VILAPLANA, «El pleito testigo y la extensión de los efectos de una sentencia: dos intentos (imperfectos) para agilizar las respuestas en la litigación masiva», *cit.*, p. 7.

⁴⁴ En efecto, hay quien, sin embargo, no ve fundamento alguno para excluir del ámbito de aplicación del pleito testigo las acciones relacionadas con la falta de transparencia contractual, como es el caso del juez VACAS CHALFOUN, juez que apoya su postura en que en la práctica la prueba personal rara vez es determinante para el resultado del proceso porque por el largo transcurso del tiempo desde la contratación hasta el proceso no se suele recordar con minuciosidad la información que se dio y recibió. *Vid.* «Diálogos para el futuro judicial LVII. El pleito testigo y la extensión de efectos en el proceso civil», *cit.*, p. 12. En sentido similar se pronunciaba posteriormente la jueza sustituta MARTÍNEZ DEL TORO, «El procedimiento testigo y el juicio verbal. Sus modificaciones en el Real Decreto Ley 6/2023. Arts. 438 bis y 440 y ss. LEC», *cit.*, pp. 5 y 6.

responsabilidad compartida entre la entidad bancaria prestamista que otorga el crédito hipotecario al consumidor y el fondo de titulación que adquiere por cesión el crédito⁴⁵.

Al dejarse, pues, fuera del ámbito de aplicación estos casos se reduce su posible uso⁴⁶.

6º) La sexta dificultad estriba en la necesidad de que existan procedimientos pendientes ante un mismo tribunal. Vayamos por partes.

Por un lado, se requiere la existencia de al menos tres juicios verbales del art. 250.1.14ª LEC en que se discuta sobre una CGC sustancialmente idéntica para poner en marcha el procedimiento testigo, no bastando con que hubiesen dos. Si efectuamos una interpretación literal del art. 438 *bis* (habla de la existencia de «procedimientos anteriores»-en plural- «plantados por otros litigantes»), se concluye que la técnica del procedimiento testigo podrá activarse cuando ingrese un tercer proceso⁴⁷, al igual que sucede en el orden contencioso-administrativo y en el social (el art. 37.2, 1º LRJCA y el art. 86 *bis*.1 LRJS exigen tal «pluralidad»).

Por otro lado, es cierto que el tenor literal del art. 438 *bis* LEC no exige expresamente que los procesos estén siendo conocidos por el mismo órgano judicial, como a diferencia sí lo hacen el art. 37.2, 1º LRJCA y el art. 86 *bis*.1 LRJS; pero difícilmente pueda el LAJ apreciar la existencia de procedimientos sustancialmente iguales sobre CGC a los que quepa aplicar el pleito testigo si no se han planteado ante el tribunal sobre el que tal LAJ desempeña sus funciones.

Los LAJ, a día de hoy, no pueden conocer los procedimientos plantados ante un órgano jurisdiccional que no sea el suyo, pero podría ser útil al efecto crear una base de datos con las CGC cuestionadas en demandas presentadas *ex art.* 250.1.14ª LEC y admitidas a la que los LAJ, jueces y juezas pudieran acceder electrónicamente. De no ser posible acceder a esta información, no hay otra opción que partir de que el prelegislador, por descuido o por sobreentenderlo, no hizo referencia expresamente a este requisito (que al menos los tres juicios verbales del art. 250.1.14ª LEC se hayan repartido y se estén conociendo por el mismo tribunal), reduciendo con ello la efectividad y eficacia del pleito testigo.

Partir de que los procedimientos deben haberse planteado ante el mismo tribunal no constituiría tanto problema si existieran órganos jurisdiccionales (o plazas judiciales) especializados en el conocimiento de estas demandas que extendieran su jurisdicción al territorio de toda una provincia o, incluso, Comunidad Autónoma. A modo de ejemplo, cabe citar los Juzgados de Primera Instancia con competencia exclusiva en materia de cláusulas abusivas hipotecarias, con jurisdicción sobre todo el territorio de una provincia, que fueron creados al amparo del art. 98

⁴⁵ En esta Sentencia el TS traslada al ámbito de las cláusulas abusivas la doctrina fijada en su Sentencia 88/2024, de 24 de enero, en relación con la nulidad de un contrato de préstamo por usura.

⁴⁶ De la misma forma, no será viable extender los efectos de las sentencias firmes dictadas en estos casos porque no traen causa en una demanda inicialmente interpuesta por los consumidores instando la nulidad de tales cláusulas al amparo del art. 250.1.14ª LEC, sino que ésta se solicita por vía reconvencional en el juicio ordinario que insta la entidad bancaria pidiendo la resolución del contrato de financiación, el pago de las cantidades debidas y las costas procesales.

⁴⁷ SCHUMANN BARRAGÁN, «El procedimiento testigo y la extensión de efectos de la sentencia», *cit.*, pp. 267 y 268.

LOPJ -sin contenido tras la LO 1/2025- en el marco de un Plan de especialización, Plan que se ha ido prorrogando por el CGPJ⁴⁸.

La nueva estructura de la organización judicial introducida por la LO 1/2025 podría verse como una oportunidad para el empuje de esta herramienta⁴⁹. Es verdad que al compartir LAJ los jueces y juezas de una misma Sección Civil o Única y conocer aquél todas las demandas que les son repartidas, se aumenta la probabilidad de aplicar el pleito testigo (con los anteriores juzgados no era viable que un LAJ accediera a demandas presentadas ante juzgados distintos al suyo). Pero podría ser aún más eficaz esta figura si en todas las provincias al menos un juez o jueza de la Sección Civil del Tribunal de Instancia de la capital se acabara especializando al amparo del art. 96 LOPJ en el conocimiento de estas demandas del art. 250.1.14^a LEC y extendiera su jurisdicción al territorio de toda la provincia⁵⁰.

Dicho lo anterior, aunque esto sucediera e, inclusive, aunque existiera la aludida posibilidad de conocer digitalmente demandas sobre CGC pendientes ante otros tribunales, la operatividad del pleito testigo difícilmente sería mayor sin solucionar todos los escollos que están siendo estudiados en este trabajo.

7º) El uso del pleito testigo también se encuentra limitado por el requisito de tener que estar pendiente el proceso modelo: si éste ya ha finalizado por sentencia firme, procedería, si se estima la demanda y así lo desea el consumidor afectado por una CGC sustancialmente idéntica a la allí debatida, la extensión de los efectos de la sentencia dictada en el juicio verbal del art. 250.1.14^a LEC *ex* art. 519.2 LEC⁵¹. En este sentido es fundamental acceder al Registro de CGC porque nos proporcionará información sobre las sentencias firmes que se hayan dictado como consecuencia de acciones individuales (y también, colectivas) en que se declare la nulidad, cesación o retractación en el empleo de tales CGC (art. 11.4 LCGC)⁵². Estamos ante un Registro que, además

⁴⁸ En virtud de la última prórroga (acordada por la Comisión Permanente para el periodo comprendido entre el 1 de enero y 31 de diciembre de 2026), tiene tal competencia exclusiva una concreta plaza de los Tribunales de Instancia de Barcelona, Alicante, Castellón, Valencia, Madrid, Álava, Vitoria, San Sebastián, Bilbao y Murcia. Para más detalles, *vid.* <https://lopezmanso.com/prorroga-de-los-juzgados-especializados-en-clausulas-abusivas-hasta-el-31-de-diciembre-de-2026/>, consultada el 3.2.26.

Dicha prórroga presupone que el volumen de estos asuntos ha seguido siendo alto. Pero no podemos descuidar que «estas medidas llegan tarde, cuando el tsunami de los litigios bancarios ya ha pasado» (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Diálogos para el futuro judicial LVII. El pleito testigo y la extensión de efectos en el proceso civil», *cit.*, p. 11), por lo que de partida el pleito testigo y la extensión de efectos, incluso estando muy bien articulados, parten de una eficacia más limitada.

Cuestión distinta es que ni siquiera en estos Juzgados haya sido operativo el pleito testigo por tratarse de materias en que es usual el aludido control de transparencia previo, entre otros motivos.

⁴⁹ GARCÍA HERNÁNDEZ, «Algunos problemas prácticos del R.D. 6/2023», *cit.*, p. 14.

⁵⁰ Igualmente en sede de acciones colectivas es conveniente crear tribunales especializados y «empoderados», como indica en varias obras GASCÓN INCHAUSTI. Entre ellas, *vid.* «Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores», 17 febrero de 2023, accesible en <https://almacenederecho.org/algunas-claves-del-anteproyecto-de-ley-de-acciones-de-representacion-de-los-intereses-colectivos-de-los-consumidores>, consultada el 9.1.26.

⁵¹ Curiosamente el art. 519 LEC no contempla -como a diferencia sí hacen el art. 110.6 LJCA y el art. 247 *bis*.6 LRJS- la suspensión de la decisión de este incidente cuando exista pendiente un juicio de revisión (art. 510 LEC) contra la sentencia firme dictada en el pleito testigo ni tampoco la prevé -como sí hace el citado art. 247 *bis*.6 LRJS- cuando se haya planteado un «incidente» de nulidad de actuaciones contra tal sentencia firme.

⁵² En este sentido el art. 22 LCGC reza que «en todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el Secretario judicial dirigirá

de proporcionarnos información sobre CGC nulas según sentencia firme (muchas por su carácter abusivo), también lo hará en relación con las CGC sobre las que se esté debatiendo en procesos colectivos o individuales y se anoten como medida preventiva y sobre las CGC cuya eficacia se ha suspendido cautelarmente (art. 11.3 LCGC). No obstante, hay que decir que si verdaderamente se pretende que tales sentencias lleguen a conocimiento de los consumidores afectados que podrían beneficiarse de ellas, convendría articular más medidas de publicidad, como podría ser que el tribunal acordara, cuando le conste que el demandado ha celebrado más contratos con otros consumidores con CGC sustancialmente idénticas a las declaradas nulas, y con cargo a la empresa demandada, que se publicaran en medios de comunicación de amplia difusión en el ámbito geográfico en que sea presumible estén domiciliados los posibles consumidores afectados por igual o similar cláusula y situación jurídica, al estilo de lo previsto en el nuevo art. 851.4 LEC añadido por el citado Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por otros «cauces adecuados para que su contenido sea conocido de forma efectiva y comprensible por los consumidores y usuarios afectados, garantizando, en cualquier caso, la accesibilidad» (nuevo art. 861.1 LEC introducido por dicho Proyecto).

Puede suceder que se ejerciten acciones individuales en juicios verbales desconociendo que es posible evitarse tales procesos declarativos solicitando la extensión de efectos de otra sentencia firme previa estimatoria. Por ello, la inteligencia artificial (en concreto, algoritmos de *machine learning*) podría servir al tribunal (LAJ y juez o jueza) para identificar tanto los procedimientos pendientes como los finalizados por sentencia firme sustancialmente iguales al que se plantea ante él (al efecto podría ayudar una interconexión con el citado Registro). Y, en este sentido, *de lege ferenda* convendría permitir expresamente en el art. 428 *bis* que el LAJ que detectara la aludida igualdad sustancial en CGC en una sentencia ya firme, diera cuenta al juez para que éste de oficio dictara una providencia permitiendo a la parte actora solicitar directamente la extensión de efectos conforme al art. 519 LEC, el desistimiento o la continuación del procedimiento en los términos del art. 438 *bis*.3. Dicha regulación, por cierto, se encontraría en consonancia con lo previsto en los nuevos arts. 853.1 a 3 y 872.1 LEC introducidos por el Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios⁵³.

8º) Por último, la norma comentada no exige expresamente, como sí hace el art. 86 *bis*.1 LRJS (en el procedimiento contencioso-administrativo el demandado es siempre la Administración) e,

mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo».

⁵³ Estos preceptos prevén que el tribunal que conozca de un proceso en que se estén ejercitando una o varias acciones individuales cuyo objeto se comprenda en el auto de certificación o el que haya homologado el acuerdo resarcitorio en el proceso colectivo, pondrá dicha resolución en conocimiento del demandante o de los demandantes y les requerirá para que, en el plazo de diez días, manifiesten, si así lo desean, su voluntad de adherirse a la acción colectiva o al acuerdo, al tiempo que ordenará la suspensión del proceso.

En caso de que el demandante manifieste su voluntad de adherirse a la acción colectiva o al acuerdo, el tribunal sobreseerá el proceso. Si el demandante rechaza adherirse a la acción colectiva o al acuerdo resarcitorio o no responde al requerimiento, alzaré el tribunal la suspensión y mandará que el proceso siga su curso. El tribunal habrá de remitir esta resolución al tribunal ante el que se está sustanciando la acción colectiva resarcitoria, al efecto de que quede constancia en la relación a que se refiere el artículo 857.

Ambos preceptos (arts. 853.1 a 3 y 872.1 LEC) contienen el mismo tenor literal, pero el primero regula los efectos del auto de certificación sobre las acciones individuales de resarcimiento y, el segundo, los efectos de la homologación del acuerdo con respecto a procesos en que se ejerzan acciones individuales.

inclusive, el art. 519.2.b) LEC, que la parte demandada en los procedimientos dependientes sea la misma que la parte demandada del procedimiento testigo⁵⁴. Hay que partir de la posibilidad de que unas mismas (o similares) CGC pueden ser empleadas por empresas distintas, incluso aunque no formen parte de un mismo grupo empresarial (pensemos en diferentes entidades bancarias) y *a priori* podría convenir la aplicación del pleito testigo, aunque no coincidan los demandados.

Pese a estas dudas, hay que entender que deben coincidir (o ser el sucesor del demandado)⁵⁵ porque, de lo contrario, acabaría siendo posible extender los efectos de una sentencia estimatoria sin ni siquiera una previa audiencia y posible defensa del demandado en el pleito modelo, extensión incompatible con el art. 24 CE. Téngase en cuenta que el posible recurso de apelación que cabe contra el auto que acuerde la suspensión de los procesos dependientes tiene por objeto tan solo discutir si procede o no la aplicación del art. 438 *bis* (procedimiento testigo), pero no es posible en él articular defensa alguna sobre el procedimiento dependiente ni el art. 438 *bis* contempla la posible intervención de las partes en el pleito testigo para formular alegaciones. Podría pensarse en salvar o evitar la citada vulneración permitiendo a estos demandados que sean terceros en el procedimiento modelo su intervención en él de acuerdo con el art. 13 LEC. Pero, además de que entonces no se lograría el objetivo perseguido por el art. 438 *bis* (acelerar la respuesta judicial), resultaría desproporcionado para ellos intervenir en un procedimiento cuya suerte es incierta y no va a depender de ellos (puede verse suspendido por razones de diversa naturaleza, como la suspensión a instancia de las partes *ex art.* 19.4 LEC para intentar conseguir un acuerdo o la acordada de oficio por el juez que decide plantear una cuestión prejudicial europea *ex art.* 4 *bis*.2 LOPJ⁵⁶, y/o también puede finalizar por desistimiento u otra forma anormal⁵⁷) y en el que, finalizando de forma normal, se va a dictar una sentencia cuyos efectos puede no interesar extender al consumidor que le ha demandado.

b. *Otros resultantes de su oscura redacción*

A los anteriores obstáculos cabría añadir los derivados de las no pocas lagunas e incógnitas que se plantean con respecto a otras cuestiones procesales o procedimentales, pudiendo reseñarse los siguientes:

1º) Para empezar, el art. 438 *bis* ni siquiera aclara si la aplicación del pleito testigo puede acordarse de oficio por el órgano jurisdiccional o debe ser a instancia de parte. Con la sola lectura del párrafo 1º de su primer apartado se concluye que la aplicación del pleito testigo será de oficio. El problema es que el siguiente párrafo dice que «la parte actora y la parte demandada podrán solicitar en su escrito de demanda y contestación que el procedimiento se someta a la regulación de este artículo, siempre que concurren los presupuestos señalados en el párrafo anterior». La

⁵⁴ ACHÓN BRUÑÉN, «Futuras reformas legales que afectan a pleitos con consumidores y usuarios: especial referencia a la extensión de efectos y al “pleito testigo” en los procesos de nulidad de cláusulas abusivas», *cit.*, p. 10.

⁵⁵ Para MARTÍNEZ DEL TORO, «El procedimiento testigo y el juicio verbal. Sus modificaciones en el Real Decreto Ley 6/2023. Arts. 438 *bis* y 440 y ss. LEC», *cit.*, p. 9, la necesidad de que se trate de «pretensiones que están siendo objeto de procedimientos anteriores planteados por otros litigantes» conduce a concluir que «lo son contra el mismo demandado».

⁵⁶ Desde luego que no resultaría nada conveniente para las partes de los procesos dependientes -alargaría aún más su espera- que el juez acordara la aplicación del pleito testigo designando como modelo un proceso en el que dicho juez hubiera decidido plantear tal cuestión prejudicial europea.

⁵⁷ En efecto, obsérvese que el proceso testigo podría acabar mediante cualquier otra de las -así tradicionalmente llamadas- formas anormales de terminación del procedimiento: renuncia, transacción, allanamiento, etc., lo que acabaría frustrando una posible extensión de efectos.

norma no dice que «también» podrán solicitar la aplicación de esta medida. ¿Significa ello que si no la pide una parte no cabe de oficio? Ni la LRJCA ni la LRJS contemplan una posible aplicación del proceso testigo a instancia de parte; es más, ordenan al órgano judicial que «preceptivamente» actúe de oficio cuando estén «pendientes» los procesos sustancialmente iguales (preceptividad que, sin embargo, no es tan rotunda en la LEC, aunque parece inferirse), eso sí, sin aclarar si existe un momento preclusivo para que el juez pueda de oficio acordar la aplicación del pleito testigo con la consiguiente suspensión de los procesos dependientes.

Si partimos de que en la jurisdicción civil cabe la aplicación del procedimiento testigo de oficio, tal como han venido haciendo los pocos juzgados que han observado esta técnica, en la medida en que el LAJ debe dar cuenta al juez antes de admitirse la demanda y de que las partes pueden solicitar su aplicación en sus escritos iniciales (demanda y contestación) *ex art. 438 bis.1, 2º LEC*, lo que queda claro es que la intención del prelegislador es que cuanto antes se aplique mejor. Desde luego que ello lo es por economía procesal. Pero dada su finalidad, parece adecuado defender la aplicación de este instrumento cuando ya se haya admitido la demanda e, incluso, cuando el proceso esté más avanzado⁵⁸.

2º) No indica el art. 438 *bis*, como tampoco lo hace la LRJCA, cuál es el criterio que debe tener el juez o jueza para determinar el pleito preferente (testigo)⁵⁹, a diferencia de lo que sucede en relación con la jurisdicción social. En efecto, mientras el art. 86 *bis.1 LRJS* ha optado expresamente por el criterio de la antigüedad (dice que el juez debe atender «al orden de presentación de las respectivas demandas»), acogiendo con ello la jurisprudencia contencioso-administrativa⁶⁰, la LEC ha guardado silencio.

Cabe esperar que, ante el silencio, los tribunales civiles sigan la línea de los contencioso-administrativos, que además es acorde con el criterio que sigue la LEC en la figura de la acumulación de procesos (art. 79 LEC). Pero desde luego, si lo que se desea es evitar el ejercicio de acciones individuales masivas, numerosas demandas individuales con sus respectivos procedimientos, convendría mucho más atender a otros criterios diferentes a la antigüedad, como es dar preferencia al procedimiento cuya tramitación se encuentre más avanzada⁶¹ o bien dársela al procedimiento en que se hayan acumulado más pretensiones inicialmente en la

⁵⁸ NOYA FERREIRO, «El pleito testigo: consideraciones iniciales sobre su regulación en el proceso civil», *cit.*, p. 94. Es más, podría incluso estimarse que es tras la contestación de la demanda cuando se está en mejores condiciones de constatar la concurrencia de los presupuestos o requisitos necesarios para que el proceso testigo se lleve a efecto. En este sentido, *vid.* el Informe del CGPJ al Anteproyecto de Medidas de Eficiencia Procesal de 22 de julio de 2021, p. 150.

⁵⁹ *Vid.* Informe del CGPJ al Anteproyecto de Medidas de Eficiencia Procesal de 22 de julio de 2021, p. 149, aunque curiosamente en el segundo documento de trabajo que manejaba el propio CGPJ para aprobar un Plan de choque para la Administración de Justicia tras el estado de alarma (*vid. supra*, nota a pie 12) tampoco se aclaraba nada al respecto.

⁶⁰ *Vid.*, entre otras, las SSTs de 1 de abril de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:1969) y de 29 de noviembre de igual año (ECLI:ES:TS:2009:8274).

⁶¹ Como indica MARTÍNEZ DEL TORO, «El procedimiento testigo y el juicio verbal. Sus modificaciones en el Real Decreto Ley 6/2023. Arts. 438 bis y 440 y ss. LEC», *cit.*, p. 8, el procedimiento más antiguo no es el que necesariamente va a llevar una tramitación más rápida, «pudiendo quedar suspendido o ralentizado por notificaciones, recursos, o cualquier incidencia particular del caso, que provocará el retraso en los demás». Por ello señala tal autora que «otros criterios para evitar estas situaciones serían el del señalamiento preferente, el que tuviera ya el juicio celebrado o, incluso, con la sentencia dictada, lo que evitaría los trámites de suspensión y espera».

demanda y de mayor complejidad⁶² o en que la demanda sea más completa⁶³ o en que existe una mejor fundamentación⁶⁴. Si resulta preferente el proceso mejor fundamentado, es más fácil obtener una sentencia favorable, tanto en primera instancia como en fase de recurso de apelación, que pueda permitir una posterior extensión de efectos. Aunque no es fácil comparar la fundamentación de procesos en los que sólo se conoce la demanda y la de aquellos que pueden estar más avanzados por haberse propuesto ya prueba e, inclusive, estar vistos para sentencia (donde ya ha habido una práctica de prueba), en estos últimos procesos el juez -que es quien dictará sentencia- estará en condiciones de hacerse una idea de cuál podría interesar designar como preferente a efectos de una posible extensión de efectos. De hecho, en sede de acciones colectivas resarcitorias se permite al juez o jueza que conoce de la acción colectiva denegar la certificación de la acción si considera que «es manifiestamente infundada» (nuevo art. 847.3 LEC⁶⁵, que introduce el citado Proyecto de Ley de acciones colectivas). Se le permite, por tanto, una valoración inicial de la fundamentación⁶⁶. Ahora bien, mientras entrar en la fundamentación puede estar justificado en sede de acciones colectivas como un mecanismo de control para evitar un uso abusivo de este tipo de acciones («lo cual es lógico si tenemos en cuenta la trascendencia económica⁶⁷ y social que un proceso de estas características puede tener en las empresas demandadas»⁶⁸), en procesos individuales resulta más complicado atribuir al juez esta facultad, pudiendo cuestionarse su imparcialidad.

3º) No se acaba de entender por qué en la jurisdicción civil el art. 438 *bis*.2 habla en singular del «procedimiento identificado como testigo», dando a entender que solo cabe uno, mientras que la LRJCA (art. 37.2, 1º) y la LRJS (art. 86.*bis*.1) posibilitan que el juez o jueza tramite «uno o varios con carácter preferente», lo que puede resultar más beneficioso.

4º) Tampoco se comprende por qué la LEC no ha previsto dar audiencia a las partes «por plazo común de cinco días» antes de decidir acerca de la aplicación del pleito testigo y la consiguiente suspensión de los procesos en que intervienen con tal condición de parte, como a diferencia sí

⁶² En este sentido, ACHÓN BRUÑÉN, «Futuras reformas legales que afectan a pleitos con consumidores y usuarios: especial referencia a la extensión de efectos y al “pleito testigo” en los procesos de nulidad de cláusulas abusivas», *cit.*, p. 10.

⁶³ RAYÓN BALLESTEROS, «Diálogos para el futuro judicial LVII. El pleito testigo y la extensión de efectos en el proceso civil», *cit.*, p. 16.

⁶⁴ CAVAS MARTÍNEZ, «El nuevo pleito testigo en la jurisdicción social», *cit.*, p. 159; LÓPEZ GIL, «Extensión de efectos de las sentencias en el orden contencioso administrativo: eficiencia, garantías y el horizonte de la Inteligencia Artificial», *Ius et Scientia: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, núm. 1, 2025, p. 73.

⁶⁵ Que no hace sino trasponer el art. 7.7 de la Directiva 2020/1828. *Vid.* igualmente su Considerando 39.

⁶⁶ Y precisamente para poder comprobar este extremo dicho Proyecto exige a la entidad demandante que aporte elementos de prueba «que sean suficientes para justificar la viabilidad del ejercicio de acciones colectivas» (nuevo art. 838.1 LEC).

⁶⁷ Basta con pensar en los gastos derivados de la publicidad que debe darse en este tipo de acciones o, sobre todo, derivados de la creación y mantenimiento de la plataforma electrónica, que tendrán la consideración de costas a efectos de lo dispuesto en el art. 241.1 LEC (nuevo art. 849.4 LEC).

⁶⁸ DAMIÁN MORENO, «Consideraciones en torno a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores», *Anuario de Derecho Civil*, 2023, p. 1168. En este sentido, dicho autor recuerda la famosa novela de Jonathan Harr, *A civil action*, y que el juez del caso al que se refiere esta obra, que conocía de una acción colectiva de resarcimiento, en aplicación del art. 11 de la *Federal Rules of Civil Procedure*, «optó por rechazar la excepción al considerar que, si bien dicha norma tiene por objeto combatir a quienes ejerciten pretensiones abusivas o carentes de fundamento, no puede utilizarse para poner en duda la seriedad de una acción cuando los perjudicados, al tiempo de la demanda, sólo dispongan de pruebas meramente circunstanciales» (p. 1169).

prevén los aludidos preceptos de la LRJCA y la LRJS. Ello no es sino una clara manifestación de que en el proceso civil aún es más patente -que en los órdenes contencioso-administrativo y social- que las razones de economía procesal y ahorro de costes para la propia Administración de Justicia (que no para las partes) están por encima de los principios procesales -comunes a todo proceso- de audiencia y contradicción e igualdad, de los intereses de las propias partes e, inclusive, de su derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva.

En efecto, esta falta de audiencia resulta lesiva para los intereses de los protagonistas de los procesos aplazados⁶⁹. Y es que, aunque se les permite recurrir ante la AP en apelación la decisión del juez o jueza (auto) que acuerda la suspensión (si bien es cierto que ni siquiera se indica y aclara expresamente a quién se debe trasladar dicho auto ni quién está legitimado para recurrirlo⁷⁰), lo más razonable y eficiente no es postergar tal audiencia ante el tribunal superior al momento posterior en que el juez adopta una decisión, dado que las alegaciones de las partes podrían hacer que el juez o jueza cambiara de criterio decidiendo no acordar la suspensión. De ser así, las partes se habrían ahorrado la interposición y toda la tramitación del recurso de apelación, con sus costes y su tiempo.

⁶⁹ CALAZA LÓPEZ, «El realismo mágico del nuevo proceso civil», *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, núm. 2, 2020, p. 60.

⁷⁰ Cabe pensar que en todo caso se trasladará el auto al consumidor demandante porque siempre estará legitimado para recurrirlo, tanto cuando se acuerde la aplicación de la figura del procedimiento testigo de oficio (sin duda el consumidor puede considerarse perjudicado por una resolución que le impide -mientras dure la suspensión- acceder a la justicia obteniendo una resolución sobre el fondo-), como en el hipotético caso -poco probable en la práctica- de que sea el consumidor quien solicite su aplicación y sea denegada por el juez o jueza, viéndose entonces afectado desfavorablemente por la resolución judicial. Digo «poco probable en la práctica» porque, además de ser dudoso que los consumidores que han tomado la decisión de acudir a los tribunales para ejercer acciones individuales posteriormente decidan que se suspenda su proceso sin ni siquiera saber hasta cuándo, dichos consumidores desconocerán la existencia de otros procesos similares pendientes ante el mismo tribunal que está conociendo de su litigio y que pueda ser designado como testigo. De ahí que SCHUMANN BARRAGÁN, «El procedimiento testigo y la extensión de efectos de la sentencia», *cit.*, pp. 275 y 276, entienda que el consumidor tiene un interés legítimo para pedir al tribunal -y así debería facilitársele- la información y acceso a los autos de procedimientos similares al suyo de acuerdo con el art. 140 LEC. Es más probable que la aplicación de la medida del pleito testigo la plantee la empresa demandada en su contestación, partiendo de que es el mismo demandado en el otro u otros procesos similares (y, por tanto, sabe de su existencia) y de que podría interesarle acordar la suspensión para «ganar tiempo» o evitar más gastos procesales.

Por lo que respecta al demandado parece claro que habrá que darle traslado del auto acordando la suspensión del proceso dependiente, y posibilitarle que lo recurra (si considera que dicho auto le afecta desfavorablemente) cuando el procedimiento testigo se haya acordado estando ya personado. En caso de no estarlo, es más dudoso tener que observar tal notificación y admitir la legitimación del demandado. Si seguimos a ARMENGOT VILAPLANA, «El pleito testigo y la extensión de los efectos de una sentencia: dos intentos (imperfectos) para agilizar las respuestas en la litigación masiva», *cit.*, pp. 17 y 22, y partimos de que en tal caso la parte demandada conocerá la existencia del proceso dependiente cuando ya haya finalizado el proceso modelo y la parte actora del proceso dependiente solicite continuar con su proceso o bien la extensión de efectos, lógicamente en este momento ya no cabrá plantearse una posible legitimación del demandado para recurrir la suspensión.

Por su parte, MARTÍNEZ DEL TORO, «El procedimiento testigo y el juicio verbal. Sus modificaciones en el Real Decreto Ley 6/2023. Arts. 438 bis y 440 y ss. LEC», *cit.*, p. 13, entiende que «este recurso podrán interponerlo las dos partes. El demandante podrá alegar que no hay identidad sustancial para esta tramitación, que es lo único decidido que le afecta en ese momento. Sin embargo, el demandado, que es posible sea la primera notificación de la demanda que tiene, podrá alegar además aspectos sustantivos del pleito nuevo que no han podido ser alegados antes, y que impiden la tramitación por este artículo, e incluso entrar en el fondo del asunto, como puede la prescripción o la caducidad de la acción, la novación del contrato, o incluso aspectos de su cumplimiento. Circunstancias que no han podido ser tenidas en cuenta, ya que la identidad sustancial, tal y como la recoge el art. 438 bis LEC se plantea exclusivamente sobre las condiciones generales de contratación cuestionadas y peticiones de la demanda».

Y, lo que es peor, la falta de previsión de una audiencia previa no casa bien con el respeto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las partes (art. 24.1 CE), planteando dudas de constitucionalidad⁷¹. La vulneración de este derecho fundamental está clara si la aplicación del pleito testigo se propone por una de las partes y el juez resuelve sin oír a la contraria. Y es que, de forma similar a lo que el TC ha entendido con respecto al recurso de queja penal (recurso que, al igual que la queja civil, se resuelve sin audiencia del recurrido), «la cuestión que aquí se plantea es similar a la resuelta en las SSTC 178/2001, de 17 de septiembre, 179/2002, de 14 de octubre, 8/2003, de 20 de enero, y 143/2004, de 13 de septiembre, en todas las cuales se otorgó el amparo en aplicación de la doctrina sentada en la primera de ellas. En ésta, pusimos de relieve que, si bien es cierto que los preceptos que regulan el recurso de queja no prevén el traslado del mismo a las partes personadas, “no lo prohíben en forma alguna, y la necesidad del mismo resulta de una interpretación de tal normativa procesal a la luz de los preceptos y principios constitucionales, al ser obligado, en todo caso, preservar el derecho de defensa de las partes en el proceso, de modo que, a la vista de lo dispuesto en el art. 24 CE, procedía integrar tales preceptos legales de origen preconstitucional (arts. 233 y 234 LECrim) con las garantías que impone el artículo constitucional citado, que incluye la contradicción e igualdad de armas entre las partes y, por tanto, en este supuesto, haber dado traslado a la demandante de amparo del recurso de queja al objeto de que pudiera contradecir y rebatir los argumentos expuestos por la parte contraria y formular cuantas alegaciones tuviera por conveniente en defensa de sus derechos e intereses (en este sentido, SSTC 66/1989, de 17 de abril, FJ 12; 53/1987, de 7 de mayo, FJ 3; 162/1997, de 3 de octubre, FJ 3; 16/2000, de 31 de enero, FFJJ 6 y 7; 79/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 93/2000, de 10 de abril, FJ 4; 101/2001, de 23 de abril, FJ 3)» (STC -Sala Segunda- 169/2005, de 20 de junio [BOE núm. 173, de 21 de julio de 2005], FJ 2). Más dudas plantea la vulneración del art. 24.1 CE si el pleito testigo se acuerda de oficio por el órgano judicial sin oír a ambas partes al no existir en este caso la desigualdad de armas procesales sí existente en el caso anterior⁷².

Así las cosas, *de lege ferenda* convendría articular una audiencia previa de las partes por plazo común de cinco días, similar a la del pleito testigo de las jurisdicciones contencioso-administrativa y social, acompañada de copia de las actuaciones del proceso que el juez considera debe ser pleito testigo, para poder alegar al respecto. Y, mientras no se reforme en este sentido el art. 438 *bis*, siguiendo la citada STC deberían los jueces conferir igualmente audiencia previa a las partes.

Sea como fuere, lo que queda claro es que cabe interponer el aludido recurso de apelación ante un desacuerdo con el auto que acuerda la suspensión. Y repárese en que, para que las partes de los procesos suspendidos puedan comprobar que se dan los requisitos legalmente exigidos para acordar la aplicación del pleito testigo y, en su caso, plantearse recurrir en apelación, resulta

⁷¹ Como ha indicado el CGPJ, la resolución judicial *inaudita parte* no cohonesta con la audiencia previa que se prevé para los incidentes de previo pronunciamiento (art. 393.3 LEC), ni «resulta adecuado a los efectos del artículo 24 CE» (*vid.* su Informe al Anteproyecto de Medidas de Eficiencia Procesal de 22 de julio de 2021, pp. 150 y 151), compatibilidad también cuestionada por autoras como MORENO GARCÍA, «El procedimiento testigo y la extensión de efectos en la jurisdicción civil. A propósito del Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre», *cit.*, p. 109.

⁷² Autoras como ARMENGOT VILAPLANA, «El pleito testigo y la extensión de los efectos de una sentencia: dos intentos (imperfectos) para agilizar las respuestas en la litigación masiva», *cit.*, p. 14, entienden que la suspensión de oficio no lesionaría este derecho fundamental. En otro sentido, autores como SCHUMANN BARRAGÁN, «El procedimiento testigo y la extensión de efectos de la sentencia», *cit.*, p. 273, para quien «el derecho de defensa (art. 24.1 CE) impone al tribunal que dé un plazo breve para que las partes personadas y el demandado notificado -que no emplazado- hagan las alegaciones que estimen convenientes».

crucial que siempre se les dé traslado (al actor), de la copia de las actuaciones del pleito testigo a que alude el art. 438 *bis*.2, 1º LEC⁷³. Si faltara tal traslado, se les estaría causando indefensión y se estimaría el recurso de apelación interpuesto contra tal auto (con respecto a la falta del traslado de la copia de las actuaciones, *vid.* AAP de Girona 4/2025, de 8 de enero [ECLI:ES:APGI:2025:16A] y 1013/2025, de 24 de marzo [ECLI:ES:APGI:2025:353A]; AAP de Lleida 200/2024, de 26 de julio [ECLI:ES:APL:2024:457A]).

5º) Igualmente es problemática la poca atención que el prelegislador ha dedicado a los procesos dependientes del pleito modelo, dejándolos en una especie de limbo procesal que a su vez genera muchas dudas.

En este sentido, es incomprensible que el LAJ o la LAJ deba dar cuenta al juez o la jueza para pronunciarse sobre la aplicación de esta figura (pleito testigo), con la consiguiente suspensión de los procedimientos dependientes, «con carácter previo a la admisión de la demanda», apartándose con ello del tenor de los arts. 37.2, 1º LRJS y 86 *bis*.1 LRJS, que se refieren a la necesaria existencia de una pluralidad de procesos «pendiente». Es técnicamente incorrecto, y por ello carece de sentido, acordar la suspensión de procedimientos que ni siquiera han comenzado aún. Aunque es verdad que la fecha que marca el inicio del procedimiento es la de presentación de la demanda, también lo es que no hay litispendencia mientras esta no haya sido admitida, como se infiere del art. 410 LEC.

En definitiva, y aunque de la redacción del art. 458 *bis* se desprende que el LAJ habrá previamente examinado la demanda en los términos del art. 438.1 LEC, que a su vez se remite al art. 404 LEC (y, por tanto, la habrá «filtrado» desde un punto de vista procesal, comprobando que se dan todos los requisitos y presupuestos procesales)⁷⁴, no se entiende por qué no se ha condicionado la aplicación de la figura del pleito testigo a la necesaria admisión de la demanda y, con ello, a la existencia de litispendencia en los procesos dependientes.

Consecuencia de lo anterior, al no existir litispendencia ni contemplarse el traslado de la demanda al demandado, tampoco queda claro cuándo se interrumpe la prescripción de la acción en los procesos dependientes pese a haber presentado demanda ante los tribunales (art. 1973

⁷³ Podría pensarse que también se debe trasladar al demandado de los procesos dependientes, al menos si se acuerda el procedimiento testigo cuando ya ha comparecido. Si bien es cierto que la falta de este traslado difícilmente pueda causarle indefensión al ser también el demandado en el proceso guía y, por tanto, tener incluso un mayor acceso a las actuaciones que el actor del proceso dependiente.

⁷⁴ Éste es el único sentido que se me ocurre cabe dar a la expresión «sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 438.1» que contiene el art. 438 *bis*.1, 1º LEC.

CC)⁷⁵, lo que podría considerarse lesivo de la tutela judicial efectiva del consumidor demandante como explico *infra*, ni queda clara su incidencia en las posibles medidas cautelares⁷⁶.

Por lo que atañe a las medidas cautelares, si existían medidas cautelares adoptadas antes de presentar la demanda en el proceso dependiente, presentada ésta en los veinte días legalmente exigidos *ex art.* 730.2, 2º LEC, parece razonable entender que las mismas deban mantenerse hasta que finalice por sentencia firme el pleito testigo y, aunque la suspensión supere los seis meses⁷⁷. Es verdad que, si la medida cautelar adoptada consiste en la suspensión de los efectos de la cuestionada cláusula abusiva, en el proceso testigo se ha adoptado igual medida cautelar con respecto a la CGC sustancialmente idéntica y ésta se alza en primera instancia al desestimarse la demanda aun habiéndose solicitado su mantenimiento en los términos del art. 744.1 LEC, aparentemente no tendría sentido tal disparidad. Pero no hay que perder de vista que la adopción de medidas cautelares exige la concurrencia de tres presupuestos (los conocidos *cautio*, *fumus boni iuris* y *periculum in mora*) que podrían concurrir en los procesos dependientes y no en el proceso testigo (o a la inversa), y que podría justificar el alzamiento de la medida cautelar en dicho proceso testigo. Y ello a pesar de que el art. 744.1 LEC ya no exija expresamente aumentar el importe de la caución (no cubierta por la asistencia jurídica gratuita).

Si las medidas cautelares se piden en la misma demanda del proceso dependiente, el tribunal debería atender dicha solicitud conforme a los arts. 733 y ss. LEC, so pena de vulnerar la tutela judicial efectiva de la parte demandante. Dado que de la propia jurisprudencia constitucional (puede verse, entre otras, la STC 218/1994, de 18 de julio [BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1994], FJ 3⁷⁸) se desprende que denegar un posible acceso a la tutela cautelar constituye una

⁷⁵ Como viene recordando el TS, resulta fundamental que la demanda llegue a la parte demandada para que la prescripción opere. Así, «si la demanda había sido ya comunicada a la parte demandada, de modo que ésta conocía la reclamación, se habría producido el efecto de la interrupción» (STS 724/2025, de 15 de julio, [ECLI:ES:TS:2025:3741], FD Quinto). Y «para que opere la interrupción de la prescripción, es preciso que la voluntad se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada, que debe trascender del propio titular del derecho, de forma que se identifique claramente el derecho que se pretende conservar, la persona frente a la que se pretende hacerlo valer y que dicha voluntad conservativa del concreto derecho llegue a conocimiento del deudor, ya que es doctrina reiterada que la eficacia del acto que provoca la interrupción exige no sólo la actuación del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización» (STS 74/2019, de 5 de febrero [ECLI:ES:TS:2019:342], FD Segundo).

Y tengamos en cuenta que no es ésta una cuestión baladí, dado que al consumidor demandante podría interesar desistir del proceso dependiente cuando el juez decide suspenderlo o, incluso, cuando ya exista sentencia firme en el proceso testigo. Las causas del desistimiento existiendo ya sentencia firme podrían ser muy diversas: lo normal es que pensemos en que la sentencia firme haya resultado ser desestimatoria para el consumidor; pero podrían existir otras razones, que van desde las mismas presentes en cualquier proceso judicial hasta pretender presentar nuevamente la demanda con un enfoque o estrategia diferente.

⁷⁶ RAYÓN BALLESTEROS, «Diálogos para el futuro judicial LVII. El pleito testigo y la extensión de efectos en el proceso civil», *cit.*, p. 17.

⁷⁷ Como señala ORTELLS RAMOS, «Proceso colectivo, procesos en serie y proceso testigo. Jueces y CGPJ ante los litigios civiles en masa», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 54, 2021, p. 35, no se alzaría la medida cautelar porque dicha suspensión no es imputable al demandante que ha solicitado la medida.

⁷⁸ Indica este FJ: «En varias resoluciones hemos tenido ocasión de pronunciarnos acerca de la trascendencia constitucional de las medidas cautelares y de su relación con los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en el Texto constitucional, especialmente con el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1. La doctrina jurisprudencial que ha ido consolidándose parte de la premisa de que “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso” (STC 14/1992, fundamento jurídico 7º); “La potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde ... a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión

vulneración del derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), la suspensión del proceso dependiente no debería impedir poder acceder a aquella, con la consiguiente observancia de art. 733 LEC y, con ello, dando en principio audiencia a la parte demandada.

Convendría, en cualquier caso, que la LEC regulara expresamente estas cuestiones. En esta línea de consideraciones, la audiencia a las partes que indiqué en el punto 4º del presente epígrafe, debería preverse también para la posible realización de alegaciones sobre la adopción de medidas cautelares, pudiendo resolverse sobre las mismas en el mismo auto que acuerda la suspensión de los procesos dependientes⁷⁹.

6º) Tanto la LEC (art. 439 *bis*.2, 2º) como la LRJCA (art. 37.2, 1º) y la LRJS (art. 86.*bis*.1) recogen la tramitación del procedimiento testigo con «carácter preferente». Hay quien, con buen criterio, da por sentado que la preferencia en la resolución del pleito testigo lo es, no sólo en relación con los demás procedimientos que versan sobre el mismo objeto y quedan suspendidos, sino también con otros procesos pendientes ante el mismo órgano judicial⁸⁰. Ello, aunque es lo lógico considerando que hay procedimientos dependientes suspendidos a la espera de su resolución, lo cierto es que es una incógnita⁸¹ que ninguna de las aludidas leyes resuelve.

Si tenemos en cuenta que el RDL 6/2023 añadió el apartado 4 al art. 455 estableciendo una tramitación preferente de los recursos de apelación contra «resoluciones definitivas dictadas en la tramitación de los procedimientos testigo, así como contra los autos en que se acuerde la suspensión del curso de las actuaciones hasta que se dicte sentencia firme en el procedimiento identificado como testigo», cabe interpretar que el carácter preferente también lo es con respecto a otros procesos.

7º) Tampoco aclara ninguna de las aludidas leyes lo que sucede si, adquirida firmeza la sentencia dictada en el proceso modelo y habiendo dictado el tribunal providencia dando la opción a los consumidores actores de los procedimientos suspendidos para que soliciten en cinco días el desistimiento, la continuación del procedimiento o la extensión de efectos⁸², tales demandantes no se pronunciaran al respecto de ninguna opción.

deducida quede (contra lo dispuesto en el art. 24.1 C.E.) desprovisto de eficacia” (STC 238/1992, fundamento jurídico 3º). Es más, en esta misma Sentencia se añade que el legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la Sentencia estimatoria, “pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que ... se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva” (fundamento jurídico 3º).

⁷⁹ NOYA FERREIRO, «El pleito testigo: consideraciones iniciales sobre su regulación en el proceso civil», *cit.*, pp. 95 y 96.

⁸⁰ CAVAS MARTÍNEZ, «El nuevo pleito testigo en la jurisdicción social», *cit.*, p. 160.

⁸¹ CALAZA LÓPEZ, «El realismo mágico del nuevo proceso civil», *cit.*, p. 60.

⁸² Aunque del tenor del art. 438 *bis* no acaba de quedar claro, parece que el tribunal debe dar traslado a las partes demandantes de los procedimientos suspendidos tanto de la providencia como, al menos, de la propia sentencia que ha devenido firme, para saber qué opción les interesa escoger (probablemente la norma no exija el traslado a las partes demandadas porque parte de que los demandados de estos procedimientos y del pleito testigo deben coincidir, por lo que disponen de las actuaciones necesarias para poder oponerse, en su caso, a la extensión de efectos). El problema es que disponer de una copia de las actuaciones del pleito testigo -tal y como se encuentran en el momento de acordarse la suspensión de los procesos dependientes- y de la sentencia firme podría ser insuficiente para saber todo el enfoque y estrategias seguidas en aquél. Por ello, para poder saber realmente si se quiere continuar y tomar una decisión plenamente consciente y libre, *de lege ferenda* se debería permitir a los consumidores demandantes de los procesos dependientes acceder a todas las actuaciones del pleito testigo para

La interpretación más respetuosa con su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es que dicho silencio se interprete a favor de la continuación del procedimiento⁸³. Dicha interpretación, además, se encuentra en la línea de los nuevos arts. 853.3 y 872.1, 3º LEC introducidos por el citado Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.

8º) Otra cuestión crucial que se plantea y que no aclara el art. 438 *bis*.⁸⁴ es si, en caso de que se haya solicitado la extensión de efectos *ex art.* 519.2 LEC⁸⁵ será necesario observar los requisitos que este precepto exige para que la misma sea posible. Y es esta una cuestión importante porque hay requisitos que coinciden⁸⁶, lo que plantea la duda de si nuevamente se debe volver a comprobar su concurrencia, y hay otros requisitos que no⁸⁷ (son mayores los previstos en el art. 519.2 LEC), lo que plantea la duda de si es necesario también cumplir con estos otros para poder extender los efectos.

El prelegislador ha caído en el mismo error en que cayó originariamente el legislador al introducir el pleito testigo en el art. 37 LRJCA: éste se remitía en bloque a la institución de la posible extensión de efectos (art. 111 LRJCA, que a su vez se remitía al art. 110. 3 a 5 LRJCA) y, precisamente porque carecía de sentido la remisión a un régimen jurídico propio de una institución diferente (la de extensión de efectos, que no es el pleito testigo aunque guarden relación), modificó el art. 111 para eliminarla, dejando claro que no era aplicable el régimen jurídico del art. 110, que la extensión de efectos proviniendo del pleito testigo era más simple y «operando casi de forma automática»⁸⁸.

conocer detalladamente las alegaciones efectuadas, la prueba propuesta, admitida e inadmitida, el enfoque planteado y los pasos dados, ya que al actor podría interesarle continuar para efectuar alegaciones distintas, proponer otra prueba o, en definitiva, dar un enfoque diferente en defensa de sus pretensiones.

⁸³ CAVAS MARTÍNEZ, «El nuevo pleito testigo en la jurisdicción social», *cit.*, p. 161; LÓPEZ GIL, «Extensión de efectos de las sentencias en el orden contencioso administrativo: eficiencia, garantías y el horizonte de la Inteligencia Artificial», *cit.*, p. 73.

⁸⁴ Se limita a indicar que «se estará a lo dispuesto en el artículo 519».

⁸⁵ Entiendo que, si el consumidor demandante decide optar por extender los efectos, debería bastar con solicitar o plantear directamente el incidente a que alude el art. 519.2 LEC al mismo juez que ha conocido del pleito testigo y los dependientes. No tiene sentido hacer pechar sobre el consumidor la carga de tener que indicar a dicho juez -en el plazo de los cinco días otorgados- que opta por la extensión de efectos y, paralelamente, tener que presentar tal solicitud ante el juez que corresponda según el art. 519.2 LEC (que, como veremos *infra*, no queda claro).

⁸⁶ La existencia de una sentencia firme dictada como consecuencia de un juicio verbal del art. 250.1.14ª LEC, «que no sea preciso realizar un control de transparencia de la cláusula ni valorar la existencia de vicios en el consentimiento del contratante» y «que las condiciones generales de contratación tengan identidad sustancial con las conocidas en la sentencia cuyos efectos se pretenden extender».

⁸⁷ Son el requisito de que la sentencia cuyos efectos se pretende extender «de haberse dictado en primera instancia, hubiera adquirido firmeza tras haber sido recurrida ante la Audiencia Provincial» (art. 519.2) y el requisito de «que se trate del mismo demandado, o quien le sucediera en su posición» (art. 519.2. d). También se exige «que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo» (art. 519.2.a) y «que el órgano jurisdiccional sentenciador o competente para la ejecución de la sentencia cuyos efectos se pretende extender fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de la pretensión» (art. 519.2.e). A pesar de que el requisito recogido en la letra a) y el recogido en la letra d) no se exijan expresamente en el art. 438 *bis*, deben entenderse también exigidos para que quepa aplicar el pleito testigo, tal y como ya indiqué. Y aunque el requisito previsto en la letra e) tampoco se exija expresamente en el art. 438 *bis*, y sin perjuicio de su desafortunado tenor literal que *infra* comento, parece que siempre va a darse o cumplirse cuando la extensión de efectos traiga causa en la institución del pleito testigo.

⁸⁸ LÓPEZ GIL, «Extensión de efectos de las sentencias en el orden contencioso administrativo: eficiencia, garantías y el horizonte de la Inteligencia Artificial», *cit.*, p. 76.

A la vista de tales antecedentes, debería concluirse que la remisión que el art. 438 *bis* realiza al art. 519 no es en bloque, sin que resulte de aplicación en sus términos el extenso apartado 2⁸⁹. Debería, pues, entenderse que el plazo para solicitar la extensión de efectos es de los cinco días del art. 438 *bis*.3 (no el año que prevé el art. 519.2 *in fine*⁹⁰), que no es necesario verificar el cumplimiento de los requisitos recogidos en el art. 519.2⁹¹ y que, en cuanto al contenido de la solicitud de extensión, debería bastar con identificar un número de cuenta bancaria en la que se puedan realizar ingresos⁹² (cuando se ejerciten pretensiones resarcitorias)⁹³. Pero para garantizar la seguridad jurídica y evitar interpretaciones divergentes sería recomendable que, como hizo la LRJCA, el mismo art. 519 LEC introdujera un apartado para regular la tramitación de la extensión de efectos que traiga causa en un pleito testigo⁹⁴.

9º) En octavo lugar, se plantean muchas dudas con respecto a los criterios específicos de no imposición de costas que el art. 438 *bis* contempla para el caso de que el consumidor demandante, considerando la sentencia firme dictada en el proceso testigo, decida desistir del procedimiento suspendido o continuar con él.

9.1. Si el demandante ha optado por desistir de su procedimiento dependiente, «el letrado o letrada de la Administración de Justicia dictará decreto acordando el mismo, sin condena en costas» (art. 438 *bis*.4). Obsérvese que, en la medida que este precepto no contempla un traslado

⁸⁹ En similar sentido, con respecto al procedimiento testigo laboral, CAVAS MARTÍNEZ, «El nuevo pleito testigo en la jurisdicción social», *cit.*, p. 162. En contra, autoras como PÉREZ MARÍN, «La protección de los derechos de los consumidores a través del pleito testigo o la ilusión del legislador», *cit.*, p. 40.

⁹⁰ Aunque nada impide que se decida desistir del proceso dependiente en vez de solicitar la continuación del procedimiento o la extensión de efectos y, posteriormente, pedir la extensión de efectos *ex art.* 519.2 LEC siempre y cuando se pida dentro del plazo de un año previsto en tal precepto. *Vid.* PÉREZ MARÍN, «La protección de los derechos de los consumidores a través del pleito testigo o la ilusión del legislador», *cit.*, p. 37.

⁹¹ No se requiere, pues, que la sentencia haya sido recurrida ante la AP y devenido firme ante ella. No tendría sentido suspender los procesos dependientes hasta la resolución del proceso testigo si luego no se van a poder extender sus efectos en el caso de que no se recurra. En este sentido, autores como LÓPEZ SÁNCHEZ, «Prospectiva de la tutela colectiva en España: entre el proceso testigo y la transposición de la Directiva 2020/1828», *cit.*, p. 128; MARTÍNEZ DEL TORO, «El procedimiento testigo y el juicio verbal. Sus modificaciones en el Real Decreto Ley 6/2023. Arts. 438 *bis* y 440 y ss. LEC», *cit.*, p. 16; o MORENO GARCÍA, «El procedimiento testigo y la extensión de efectos en la jurisdicción civil. A propósito del Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre», *cit.*, p. 111. En contra, otras autoras como ARMENGOT VILAPLANA, «El pleito testigo y la extensión de los efectos de una sentencia: dos intentos (imperfectos) para agilizar las respuestas en la litigación masiva», *cit.*, p. 18; NOYA FERREIRO, «El pleito testigo: consideraciones iniciales sobre su regulación en el proceso civil», *cit.*, p. 99; o SCHUMANN BARRAGÁN, «El procedimiento testigo y la extensión de efectos de la sentencia», *cit.*, p. 280.

⁹² MORENO GARCÍA, «El procedimiento testigo y la extensión de efectos en la jurisdicción civil. A propósito del Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre», *cit.*, p. 112.

⁹³ La restante información que exige incluir el escrito de solicitud a que alude el art. 519.2 («el número de procedimiento en el que se hubiera dictado la sentencia cuyos efectos se pretende extender, la concreta pretensión que podrá ser de anulación, de cantidad o ambas, la identidad de la situación jurídica») ya obra en autos, al igual que la documentación en que se basa la petición, por lo que no debería exigirse de nuevo su aportación.

Por otro lado, para el caso de que se pretenda la extensión de efectos de una sentencia firme que no provenga de un procedimiento testigo, *de lege ferenda* convendría exigir aportar una copia de la sentencia firme (en sentido similar a lo que apunta ARMENGOT VILAPLANA, «El pleito testigo y la extensión de los efectos de una sentencia: dos intentos (imperfectos) para agilizar las respuestas en la litigación masiva», *cit.*, p. 29), sobre todo si tenemos en cuenta que el órgano competente para conocer del incidente de extensión de efectos puede no coincidir (en terminología de la LO 1/2025, no ocupar la misma plaza en la Sección Única o Sección Civil) con el que dictó la sentencia en primera instancia y que ha adquirido firmeza tras ser recurrida ante la AP, aunque ambos tengan igual competencia objetiva y territorial.

⁹⁴ NOYA FERREIRO, «El pleito testigo: consideraciones iniciales sobre su regulación en el proceso civil», *cit.*, p. 101.

del mismo al demandado ya emplazado como sí hace el art. 20.3 LEC ni distingue según el desistimiento haya sido o no consentido por el demandado como sí hace el art. 396 LEC, parece que estamos ante un criterio particular de no imposición de costas que se aleja del previsto en este segundo precepto, beneficiando en todo caso al actor «sin más condiciones y a modo de premio, con la exención de costas»⁹⁵.

Podría pensarse que, si la aplicación del pleito testigo se ha acordado, con la correspondiente suspensión del procedimiento dependiente, tras haber sido ya emplazado el demandado del proceso dependiente para contestar a la demanda, sería necesario que el LAJ o la LAJ le diera traslado al demandado para que mostrara su conformidad o se opusiera a él, es decir, que en tal caso sería aplicable el art. 20.3 LEC. Pero, en tal caso, «si se opusiera, no parece que el juez tenga otra opción que acordar el desistimiento sin condena en costas»⁹⁶.

9.2. Para el supuesto de que el actor haya decidido continuar con el procedimiento, el art. 438 bis.5 dispone que «cuando el tribunal hubiera expresado en la providencia indicada en el apartado 3 la innecesaria continuación del procedimiento y se dicte una sentencia estimando íntegramente la parte de la demanda que coincida sustancialmente con aquello que fue resuelto en el procedimiento testigo, el tribunal, razonándolo, podrá disponer que cada parte abone sus propias costas y las comunes por mitad». Estamos ante un criterio particular de no imposición de costas, que se aleja del previsto en el art. 394.1.1º LEC, que en el concreto ámbito del consumo podría entenderse entra en colisión con el Derecho de la Unión Europea.

Fíjese en que, atendiendo al tenor literal del citado apartado 5 (en particular, lo relativo a que la sentencia del proceso dependiente estime íntegramente la «parte de la demanda» que coincida sustancialmente con lo resuelto en el proceso testigo), esta norma particular de no imposición de costas debería aplicarse tanto cuando el consumidor demandante decidiese continuar el procedimiento dependiente para resolver lo que fue objeto del proceso testigo -resuelto favorablemente- y otras pretensiones que él haya incluido en su demanda (p. ej., la declaración de nulidad de otras CGC o, según la postura de que se parta, la condena a restituir cantidades indebidamente abonadas en aplicación de la CGC) como cuando, existiendo una identidad sustancial entre todo el objeto del proceso testigo y el del proceso dependiente, el actor de este último decidiera continuar (porque, p. ej., considerase que con su enfoque distinto podría obtener una sentencia estimatoria más favorable a la del proceso testigo). Y es dudoso que esta previsión sea respetuosa con resoluciones como la STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos

⁹⁵ PÉREZ MARÍN, «La protección de los derechos de los consumidores a través del pleito testigo o la ilusión del legislador», *cit.*, p. 37.

⁹⁶ ACHÓN BRUNÉN, «Futuras reformas legales que afectan a pleitos con consumidores y usuarios: especial referencia a la extensión de efectos y al “pleito testigo” en los procesos de nulidad de cláusulas abusivas», *cit.*, p. 6. No obstante, no son pocos los autores que consideran que, una vez emplazado ya el demandado, deberán aplicarse el régimen general del desistimiento regulado en los citados arts. 20 y 396 LEC, pudiéndose, por tanto, condenar en costas al consumidor demandante cuando el mismo no se consienta por el demandado (art. 396.1 LEC), lo que probablemente sucedería si la sentencia firme del proceso testigo ha resultado ser desestimatoria. Entre tales autores, ARMENGOT VILAPLANA, «El pleito testigo y la extensión de los efectos de una sentencia: dos intentos (imperfectos) para agilizar las respuestas en la litigación masiva», *cit.*, pp. 20 y 21; NOYA FERREIRO, «El pleito testigo: consideraciones iniciales sobre su regulación en el proceso civil», *cit.*, p. 97; ORTELLS RAMOS, «Proceso colectivo, procesos en serie y proceso testigo. Jueces y CGPJ ante los litigios civiles en masa», *cit.*, p. 37.

acumulados C-224/19 y C-259/19 (ECLI:EU:C:2020:578)⁹⁷, de la que se desprende que debe condenarse en costas al demandado cuando se declare la nulidad de cláusulas abusivas, incluso aunque la demanda no se estime totalmente, para disuadirle (sea un banco u otra empresa) del empleo de estas cláusulas en sus contratos⁹⁸; resolución -por cierto- seguida por la STS, Sala Primera (Pleno), de 17 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:472).

Dicho lo anterior, partiendo de que el juez o jueza *ex art. 438 bis.3 LEC* debe considerar procedente continuar con el procedimiento dependiente cuando en el proceso testigo no se hayan resuelto todas las pretensiones ejercitadas en aquél y de que lo normal será que en las demandas del art. 250.1.14^a LEC se acumule a la acción de no incorporación o nulidad la de restitución de cantidades⁹⁹, en la práctica difícilmente el órgano judicial proponga en su providencia no continuar cuando el consumidor del proceso dependiente haya ejercitado más pretensiones que las planteadas en el pleito modelo: en tal caso resulta necesario continuar para resolverlas, so pena de impedir al consumidor su acceso a la jurisdicción y vulnerar con ello su tutela judicial efectiva. En consecuencia, parece que sólo tendrá sentido aplicar la controvertida norma especial de no imposición de costas en aquellos casos en que el consumidor del proceso dependiente decidiera continuar con su procedimiento, para resolver un objeto procesal coincidente totalmente con el del pleito modelo¹⁰⁰, sin que en él pudiese obtener un mayor beneficio al del proceso guía (podría obtenerlo si la sentencia dictada en este proceso es parcialmente estimatoria de la demanda¹⁰¹), en cuyo caso cabría plantear un posible uso abusivo del «servicio público» de justicia. Difícilmente podamos hablar de este uso abusivo cuando la aplicación de la figura del pleito testigo no haya sido acordada a instancia del consumidor ni previamente se le haya dado audiencia antes de acordar la aplicación del art. 438 *bis* y la suspensión de su proceso y el consumidor haya apelado el auto que la acuerda. Sería más fácil hablar de tal abuso en el caso de que se hubiera dado audiencia al consumidor y éste no se hubiese opuesto o, sin existir tal audiencia, tampoco se hubiese opuesto recurriendo en apelación el auto que acuerda la suspensión y, sin embargo, luego decidiese continuar con su procedimiento sin poder obtener en él un mayor beneficio al del proceso testigo.

⁹⁷ Resolución que curiosamente menciona el propio TC en su Sentencia (Pleno) 156/2021, de 15 de septiembre (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 2021), para confirmar la irrazonabilidad del art. 4.2 del del Real Decreto-ley 1/2017, aunque finalmente no vea problemas de constitucionalidad.

⁹⁸ Según la citada STJUE debe haber condena en costas cuando un consumidor reclame en vía judicial las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de cláusulas abusivas declaradas judicialmente nulas, aunque se estime parcialmente la demanda (por no condenar al pago de las cantidades íntegras solicitadas en la misma demanda en que se insta la nulidad de aquellas cláusulas).

⁹⁹ Si partimos del criterio de la antigüedad para elegir el proceso testigo y en éste se hubiese ejercitado tan sólo la acción de no incorporación o de nulidad mientras que en el proceso dependiente se hubiera acumulado la acción reparatoria, sí podrían plantearse discrepancias entre el juez y el consumidor demandante del proceso dependiente. Así, podría el juez considerar que no es preciso continuar con este proceso por ser la restitución algo natural y accesorio derivado de la no incorporación o nulidad de la cláusula (aunque no se haya pedido) y, sin embargo, el consumidor entender que sí porque parte de la premisa diferente de la necesaria acumulación de la pretensión reparatoria para que se puedan devolver las cantidades.

¹⁰⁰ ARMENGOT VILAPLANA, «El pleito testigo y la extensión de los efectos de una sentencia: dos intentos (imperfectos) para agilizar las respuestas en la litigación masiva», *cit.*, pp. 19 y 22.

¹⁰¹ Pensemos, p. ej., en el supuesto de que en el proceso modelo se haya declarado la nulidad de una de las dos CGC sustancialmente idénticas impugnadas en ambos procesos (el modelo y el dependiente): podría el consumidor desear seguir, para conseguir declarar la nulidad de la otra cláusula, otorgando un enfoque distinto en su proceso.

10º) Por último, y este es un problema fundamental, como en la regulación de la medida del pleito testigo no se ha articulado de ninguna forma la participación de las partes del proceso suspendido en el proceso modelo ni éstas van a poder efectuar alegaciones ni proponer prueba en su defensa en el proceso suspendido, cabría plantear su posible indefensión y vulneración de su tutela judicial efectiva¹⁰².

No es fácil aseverar tajantemente la vulneración del art. 24 CE con respecto al consumidor demandante porque, a la postre, tendrá la opción de no solicitar la extensión de los efectos de la sentencia firme dictada en el pleito testigo. Pero nadie puede pasar por alto que hasta entonces podrán pasar años que acaben quedando en balde en los cuales se le ha impedido acceder a una resolución sobre el fondo. La pregunta que cabría hacerse es: ¿y no es esta suspensión -siempre que se acuerde de oficio- un requisito o una traba desproporcionada con la tutela judicial efectiva al impedir el acceso a la justicia durante meses o, incluso, años? No hay que olvidar que, conforme a la jurisprudencia del TJUE (entre sus resoluciones, la Sentencia -Sala Primera- de 14 de junio de 2017, Menini y otros, C-75/16, ECLI:EU:C:2017:457), el requisito de admisibilidad de las acciones judiciales es compatible con el principio de tutela judicial efectiva cuando concurren una serie de elementos, entre los que están que dicho requisito no implique un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial e interrumpa la prescripción de los correspondientes derechos¹⁰³. En el supuesto en que trae causa la STJUE de 18 de marzo de 2010, Alassini y otros, C-317/08 a C-320/08 (ECLI:EU:C:2010:146) se consideraba razonable un plazo de treinta días. Pero en la suspensión ahora comentada el plazo podría ser mucho mayor. Es más, suspender un procedimiento *sine die* no resulta compatible con la aludida exigencia de establecer plazos razonables, como tampoco resulta compatible con la jurisprudencia del TJUE la *supra* aludida falta de claridad sobre el momento en que se interrumpe la prescripción.

Más difícil parece aseverar la vulneración del art. 24 CE con respecto a la empresa demandada porque podrá articular su defensa en el pleito testigo, supuestamente idéntico sustancialmente.

2.3. Obstáculos derivados de otras figuras procesales

El procedimiento testigo no es el único mecanismo procesal al que, en teoría, pueden recurrir el juez y las partes por economía procesal y para evitar sentencias contradictorias. Por ello, si se recurre a estas otras figuras está claro que la del pleito testigo será menos utilizada y verá mermada su eficacia. Seguidamente me referiré a tales medidas.

1º) También es posible hacer uso de la posible acumulación de procesos. Aunque la LEC no matice si el procedimiento testigo es un mecanismo alternativo (como sí se desprende del art. 37.2, 1º LRJCA) o subsidiario (como sucede en la jurisdicción social al amparo del art. 86 *bis*.1 LRJS), en

¹⁰² Para distintos autores ello vulnera derechos fundamentales procesales. P. ej., NOYA FERREIRO, «El pleito testigo: consideraciones iniciales sobre su regulación en el proceso civil», *cit.*, p. 95.

¹⁰³ En efecto, en el ámbito del consumo esta Sentencia recuerda que «la exigencia de un procedimiento de mediación como requisito de admisibilidad de las acciones judiciales puede ser compatible con el principio de tutela judicial efectiva cuando dicho procedimiento no conduce a una decisión vinculante para las partes, no implica un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial, interrumpe la prescripción de los correspondientes derechos y no ocasiona gastos u ocasiona gastos escasamente significativos para las partes, y siempre y cuando la vía electrónica no constituya el único medio de acceder a ese procedimiento de conciliación y sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de marzo de 2010, Alassini y otros, C-317/08 a C-320/08, ECLI:EU:C:2010:146, apartado 67)» (apartado 61).

la medida en que no se han modificado los arts. 75 y 76 LEC, que siguen haciendo referencia a la posible acumulación de procesos de oficio y a instancia de parte, cabe entender que es posible optar entre acudir a la figura de la acumulación de procesos (cuando se den los estrictos requisitos legalmente exigidos para que sea posible) o a la del pleito testigo. Si partimos de que no es normal que estén pendientes procesos sobre CGC ante un mismo tribunal (salvo que se especialicen ciertos jueces y juezas de Secciones Civiles de Tribunales de Instancia en los términos *supra* indicados), lo normal es pensar que la acumulación no ocasionará perjuicios desproporcionados al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las partes de los distintos procesos. Ahora bien, en caso de estar ante jueces y juezas especializadas en el conocimiento de demandas que versen sobre ciertas cláusulas abusivas, acordar la acumulación de procesos podría desembocar en un procedimiento de gran envergadura, con un gran número de afectados, que acabara alargándose en el tiempo muchísimo más de lo que lo hubieran hecho los procesos acumulados si hubieran seguido tramitándose individualmente. En estos casos convendría, pues, acudir al pleito testigo.

2º) Si finalmente se aprueba el modelo de acciones colectivas resarcitorias proyectado, se limitará aún más la existencia y funcionalidad del pleito testigo, como ya pasa en la jurisdicción social, donde esta técnica convive con el proceso de conflicto colectivo¹⁰⁴. Y ello por los siguientes motivos:

2.1. Por un lado, porque dicho modelo parte en principio de la suspensión de los procesos individuales en que los consumidores hayan ejercitado acciones resarcitorias comprendidas en el auto de certificación o en el auto que homologa un acuerdo.

El Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios trata expresamente la incidencia de la acción colectiva resarcitoria sobre las acciones individuales que abarca¹⁰⁵, estableciendo en principio (así lo hace en el art. 853 que añade a la LEC) la suspensión de los procesos individuales, pero otorgando a los demandantes de los mismos un plazo de diez días en que poder manifestar su voluntad de vincularse a la acción colectiva o, en su caso, desvincularse, alzando en este segundo caso la suspensión. Similar regulación contiene tal Proyecto para el caso de que en el proceso colectivo se haya alcanzado un acuerdo resarcitorio y exista un auto homologándolo (nuevo art. 872 LEC).

El problema es que esta regulación, al no excluir su aplicación del procedimiento testigo, también debería aplicarse a los procesos designados como modelo, surgiendo entonces muchas cuestiones. De partida, resulta paradójico acordar la suspensión del pleito testigo porque ahora resulte que pueda pasar a ser «dependiente» del proceso colectivo. Si la parte actora decide vincularse con ello a la acción colectiva, su proceso se sobreseería, de la misma forma que se sobreseería si decidiera acogerse al auto de homologación del acuerdo colectivo. En ambos casos

¹⁰⁴ CAVAS MARTÍNEZ, «El nuevo pleito testigo en la jurisdicción social», *cit.*, p. 167.

¹⁰⁵ Así se infiere al indicar que el objeto del proceso individual «esté comprendido en el auto de certificación» (nuevo art. 853.1 LEC) o «en el auto homologando el acuerdo resarcitorio» (nuevo art. 872.1 LEC). Dicho auto en que el juez o jueza certifica la acción colectiva determina la conducta o conducta infractoras (nuevo art. 848.1 LEC), como podría ser el cobro de ciertas cantidades a los consumidores en aplicación de cláusulas abusivas insertas en contratos de adhesión. Hay que tener en cuenta que en un proceso colectivo pueden ejercitarse acumuladamente la acción colectiva de cesación y la colectiva resarcitoria sobre la misma conducta infractora (nuevo art. 833.1 LEC).

se habrían suspendido procesos individuales (los dependientes de él), aun en contra de la voluntad de los consumidores demandantes, sin ninguna utilidad.

En el mejor de los casos, si la parte actora del proceso testigo decide continuar con su procedimiento individual, con el consiguiente alzamiento de su suspensión, los consumidores de los procesos dependientes tan solo habrían alargado la suspensión de sus procedimientos unos quince días naturales más. Pero, en tal caso, la desigualdad de trato entre las partes de los distintos procesos habrá sido patente: las partes actoras del proceso testigo habrán podido decidir desvincularse del proceso colectivo y continuar con el procedimiento, mientras que las partes actoras de los procesos dependientes suspendidos no han tenido la opción de elegir continuar con su propio procedimiento, vulnerando con ello el art. 14 CE.

2.2. Por otro lado, porque en el modelo previsto para las acciones colectivas resarcitorias en el Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, que parte en principio de la extensión de efectos -y la cosa juzgada- de la sentencia dictada en el proceso colectivo, una vez haya adquirido firmeza, a todos los consumidores afectados por la misma conducta infractora dañosa, aunque no hayan litigado (no hayan sido parte¹⁰⁶), salvo a aquellos que manifiesten su voluntad de excluirse, ya sea expresa o tácitamente (modelo *opt-out*, previsto en concreto en el nuevo art. 848.3 LEC¹⁰⁷), no cabría aplicar el procedimiento testigo a aquellos consumidores que no se desvincularan del proceso

¹⁰⁶ Repárese en que, tal y como se configuran las acciones colectivas de cesación y las resarcitorias en el Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, tampoco podría ser parte, aunque quisieran. *Vid.* los nuevos arts. 830.4 *in fine* y 831.3 LEC.

¹⁰⁷ Conforme a esta norma, el modelo *opt-in* pasa a ser excepcional para aquellos casos de cierta relevancia o entidad económica (el acto infractor dañoso debe superar los 3.000 euros por afectado) en que considere pertinente el tribunal. Este precepto pergeña: «De forma excepcional, podrá acordar el tribunal que solo habrán de quedar afectados por la acción colectiva resarcitoria aquellos consumidores y usuarios que hayan manifestado su voluntad expresa de vincularse a aquella y, en consecuencia, al resultado del proceso. El tribunal solo podrá tomar esta decisión cuando, atendidas las circunstancias del caso concreto, resulte necesaria para una mejor administración de justicia, siempre que la cantidad reclamada o el valor de la prestación solicitada como resarcimiento para cada beneficiario supere los 3.000 euros».

Y, tal y como he indicado, el consumidor podrá manifestar su voluntad de exclusión de forma expresa o tácita. En virtud de la primera forma, los consumidores deberán manifestar su voluntad «de *desvincularse de la acción colectiva* y, en consecuencia, del resultado del proceso» (la cursiva es mía) en el modo -siempre a través de la plataforma electrónica creada para la gestión del procedimiento colectivo- y plazo establecidos al efecto por el órgano jurisdiccional en el auto de certificación de la acción (nuevo art. 848.2 LEC), plazo que no podrá ser inferior a dos meses ni superior a seis, contados desde la publicación del auto de certificación en el Registro de CGC y de Acciones Colectivas (nuevo art. 848.5 LEC). Por lo que respecta a la segunda forma, se entiende que los consumidores que en dicho plazo interpongan una demanda individual ejercitando una acción que esté incluida en el auto de certificación equivaldrá a expresar la aludida voluntad de desvincularse (nuevo art. 853.5 LEC). He querido destacar la cursiva para poner de relieve la incorrecta terminología: como bien ha apuntado DAMIÁN MORENO, «Consideraciones en torno a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores», *cit.*, p. 1165, «debe quedar claro que la adhesión a este tipo de procesos no es a la acción, sino a los efectos resultantes del pronunciamiento judicial (...) La vinculación del consumidor no le convierte en parte».

Algo similar sucede con respecto a la eficacia de los acuerdos de resarcimiento alcanzados y homologados antes de certificar la acción: en principio vinculan a todos los consumidores afectados por igual acto infractor dañoso, indicando el auto que homologa el acuerdo el plazo en que los consumidores deben manifestar su voluntad de excluirse a través de la plataforma puesta en funcionamiento al efecto (nuevo art. 869.1, 1º y 2 LEC). Aunque también se admitirá una manifestación de esta voluntad de exclusión de forma tácita cuando, en iguales términos a los ya vistos, en tal plazo los consumidores interpongan demandas individuales ejercitando acciones incluidas en el auto que homologa el acuerdo resarcitorio (nuevo art. 871.3 LEC). Por otro lado, también en iguales casos a los *supra* expuestos con respecto al auto de certificación, excepcionalmente podrá el tribunal acordar un modelo *opt-in* (nuevo art. 869.1, 2º LEC).

colectivo porque no podrían iniciar uno individual ni tampoco debería aplicarse a los consumidores que hubieran decidido desvincularse de la acción colectiva resarcitoria ya certificada o de su previo acuerdo homologado. Carece de sentido que al consumidor se le permita «salir» del proceso colectivo para emprender el suyo propio y posteriormente pueda ver suspendido su procedimiento individual iniciado, en contra de su voluntad, simplemente porque el juez decida que pase a ser dependiente de otro individual (el testigo) y que corra su suerte.

3. La extensión de efectos de sentencias firmes dictadas en juicios verbales a que alude el art. 250.1.14ª LEC

Estamos ante una segunda figura (la medida de la extensión de efectos de sentencias firmes dictadas en procedimientos en los que se hayan ejercitado acciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación) que cabe calificar de más importante que la primera (el pleito testigo). Y ello por dos motivos: 1) porque complementa a esta primera (hasta el punto de que pierde su razón de ser sin ella); 2) y porque además es posible su aplicación para extender los efectos de sentencias firmes dictadas en pleitos no testigos a casos en que ni siquiera se ha planteado una demanda, precisamente para evitar su interposición y la consiguiente multiplicidad de procesos.

También esta medida está siendo infrutilizada en la práctica. Ello se debe de nuevo a la existencia de obstáculos que lo impiden, muchos derivados de las dudas y los problemas interpretativos que plantea el art. 519 LEC¹⁰⁸. Al igual que vimos sucede con respecto al pleito testigo, algunos escollos derivan de los requisitos que se tienen que dar o concurrir para que proceda la extensión de efectos¹⁰⁹ (constituyen importantes limitaciones para la aplicación de esta medida) y otros son fruto de la oscuridad y lagunas en su regulación.

3.1. Obstáculos derivados de los requisitos exigidos para su aplicación

Dado que los escollos 1º, 2º, 4º y 5º que indiqué con respecto al pleito testigo igualmente concurren en esta figura, me remito a lo allí expuesto.

¹⁰⁸ Recordemos que desde la reforma operada en 2022 (por LO 7/2022, de 27 de julio) no hay duda de que todas las demandas sobre CGC (sean individuales o colectivas) son competencia de los Juzgados de Primera Instancia (no de lo Mercantil), actuales Secciones Únicas o Civiles de los Tribunales de Instancia. Dicha LO modificó la LOPJ y eliminó, de entre las competencias de los Juzgados de lo Mercantil, las acciones colectivas previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios.

¹⁰⁹ A ellos se refiere el apartado 2 de art. 519 con los siguientes términos:

«Sin perjuicio de que se pueda optar por acudir a un procedimiento declarativo, en el caso de las demandas referidas en el artículo 250.1.14.º, los efectos de una sentencia que reconozca una situación jurídica individualizada y que, de haberse dictado en primera instancia, hubiera adquirido firmeza tras haber sido recurrida ante la Audiencia Provincial, podrán extenderse a otras cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo.
- b) Que se trate del mismo demandado, o quien le sucediera en su posición.
- c) Que no sea preciso realizar un control de transparencia de la cláusula ni valorar la existencia de vicios en el consentimiento del contratante.
- d) Que las condiciones generales de contratación tengan identidad sustancial con las conocidas en la sentencia cuyos efectos se pretenden extender.
- e) Que el órgano jurisdiccional sentenciador o competente para la ejecución de la sentencia cuyos efectos se pretende extender fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de la pretensión».

5º) El quinto óbice es que no cabe extender efectos de una sentencia que haya adquirido firmeza en primera instancia (por no haberse recurrido). Es así porque *ex art. 519* de haberse dictado en primera instancia la sentencia, se exige que haya adquirido firmeza tras haber sido recurrida ante la Audiencia Provincial.

El prelegislador pensó en reforzar la seguridad jurídica al extenderse efectos de una sentencia revisada por un tribunal superior¹¹⁰. Pero, además de hacerlo con una redacción farragosa, con dicha limitación se impide extender los efectos de sentencias dictadas en casos en que, precisamente por existir una jurisprudencia consolidada, no se recurren¹¹¹ o, incluso, en casos de allanamiento del demandado en primera instancia¹¹² o de acuerdos homologados judicialmente¹¹³, lo que -de preverse- también podría servir para agilizar la justicia. Y, por otro lado, este requisito puede ser un arma de doble filo porque bastaría con que la parte demandada no recurriera la sentencia para evitar la extensión de sus efectos¹¹⁴.

Ante tal confusa redacción, podría pensarse que la misma es redundante: si lo que se pretendía era exigir que la sentencia se hubiese recurrido en apelación podría haberse indicado simplemente la necesidad de que la sentencia «hubiera adquirido firmeza tras haber sido recurrida ante la Audiencia Provincial» y haberse ahorrado la referencia a «de haberse dictado en primera instancia». Pero parece más bien que lo que quería transmitir el prelegislador con la oscura redacción era la necesidad de que existiese una sentencia estimatoria o favorable dictada en primera instancia y que la AP la hubiese ratificado. De hecho, esta es la interpretación acorde con el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia de diciembre de 2020 y, siguiéndole, el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia de abril de 2022, porque ambos pergeñaban en su Exposición de Motivos (apartado V) la posible extensión de efectos de «la sentencia que haya sido declarada firme tras ser confirmada por la Audiencia Provincial correspondiente». Pero, si así fuese, habría que plantearse si hay motivos que justifiquen la imposibilidad de extender efectos de una sentencia de una AP que revocara la de primera instancia porque, a la postre, la ha dictado un tribunal superior.

Por otro lado, de la caótica redacción podría entenderse que tampoco cabe instar la extensión de los efectos de una sentencia dictada en casación. Aunque es verdad que la locución «tras haber sido recurrida ante la Audiencia Provincial» no descarta que se haya interpuesto posteriormente recurso de casación y haya ganado entonces firmeza¹¹⁵, como acabamos de ver, el prelegislador

¹¹⁰ Así se indicaba en la Exposición de Motivos (apartado V) del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal y, siguiéndole, en la del también citado Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia.

¹¹¹ Así lo puso de manifiesto el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de Medidas de Eficiencia Procesal de 22 de julio de 2021, p. 180, aunque curiosamente en el segundo documento de trabajo que manejaba el propio CGPJ para aprobar un Plan de choque para la Administración de Justicia tras el estado de alarma (*vid. supra*, nota a pie 12) ya se exigía que las sentencias hubieran adquirido firmeza tras haber sido recurridas ante la AP.

¹¹² VACAS CHALFOUN, «Diálogos para el futuro judicial LVII. El pleito testigo y la extensión de efectos en el proceso civil», *cit.*, p. 16.

¹¹³ En la línea que, sin embargo, sigue el citado nuevo art. 872.1 LEC introducido por el Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.

¹¹⁴ NOYA FERREIRO, «El pleito testigo: consideraciones iniciales sobre su regulación en el proceso civil», *cit.*, p. 101.

¹¹⁵ VACAS CHALFOUN, «Diálogos para el futuro judicial LVII. El pleito testigo y la extensión de efectos en el proceso civil», *cit.*, p. 15.

previamente se había manifestado en este sentido, al establecer la posible extensión de efectos de «la sentencia que haya sido declarada firme tras ser confirmada por la Audiencia Provincial correspondiente». Cabe pensar que, si los redactores del RDL 6/2023 hubieran querido posibilitar la extensión de efectos de sentencias dictadas al resolver recursos de casación, se habrían limitado a exigir que «la sentencia hubiera adquirido firmeza tras haber sido recurrida».

¿Pero no se trataba de reforzar la seguridad jurídica? Parece absurdo. *A priori* podría pensarse que no se ha hecho referencia alguna al Tribunal Supremo porque contra las sentencias dictadas en los juicios verbales del art. 250.1.14º LEC no cabe recurso de casación. Pero no hay que olvidar que, tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 5/2025, es posible recurrir en casación las sentencias en que exista interés casacional notorio «cuando la cuestión afecte potencial o efectivamente a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso» (art. 477.4 LEC). Dicho interés podría concurrir en sentencias dictadas en pleitos testigo cuando sus efectos puedan extenderse a «un gran número de situaciones» (la norma no matiza lo que considera un número grande, por lo que no se sabe si 10 o cuántos, por lo que dependerá de lo que interprete el TS). No será tan sencillo determinar cuándo una sentencia dictada en un proceso que no sea testigo -tras haber recurrido ante la AP- es susceptible de extender sus efectos, a fin de permitir la casación contra la misma pese a no haber de entrada. Desde luego que si partimos de la interpretación restrictiva de que el interés casacional notorio sólo se predica de acciones colectivas (interpretación que no favorecería el acceso al recurso y, por tanto, contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva), no cabría llegar a casación cuando se ejerciten acciones individuales de CGC.

6º) Otro obstáculo es que se requiere que exista una coincidencia entre quien fue el demandado en el proceso en que se dictó la sentencia firme cuyos efectos se quieren extender y quien lo sería (demandado en potencia) por quien pretende beneficiarse de la extensión de los efectos, si iniciara un proceso declarativo (juicio verbal del art. 250.1.14ª LEC). El demandado real y el potencial deben coincidir, con la única excepción de que el potencial demandado fuera el sucesor del demandado real.

Como ya dijimos, en el pleito testigo no se exige expresamente esta coincidencia, que puede limitar la extensión de efectos porque unas mismas (o similares) CGC pueden ser empleadas por empresas distintas, incluso aunque no formen parte de un mismo grupo empresarial (pensemos en distintas entidades bancarias).

Es cierto que, tal y como se articula la medida de extensión de efectos, permitir la extensión a un tercero le causaría indefensión y atentaría contra su tutela judicial efectiva: téngase en cuenta que el posible recurso de apelación que cabe contra el auto que extiende los efectos tiene por objeto tan solo discutir si procede o no la extensión, pero no permite articular defensa alguna en el procedimiento en que se dicta la sentencia cuyos efectos se extienden. Quizás podría articularse una medida similar al modelo *opt-out*, previsto en el citado Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, previendo en principio la extensión de los efectos a quienes hayan empleado CGC sustancialmente iguales (con la necesaria publicidad para poner en su conocimiento sentencias que puedan afectarles), salvo que en un tiempo o plazo determinado manifiesten su voluntad de excluirse.

7º) Otro escollo es que el art. 519.2.e) LEC exija que «el órgano jurisdiccional sentenciador o competente para la ejecución de la sentencia cuyos efectos se pretende extender» fuera también competente territorialmente para conocer de la pretensión que podría ejercitar en un juicio verbal del art. 250.1.14ª LEC quien desea la extensión de efectos. Además de resultar una redacción muy poco afortunada¹¹⁶, es un problema porque impide la posible extensión de efectos a situaciones jurídicas idénticas por el simple hecho de que el consumidor resida o esté domiciliado en territorio distinto a aquél en que ejerce su jurisdicción el órgano que conoció del asunto en primera instancia¹¹⁷.

¹¹⁶ Ello porque el órgano que dicta sentencia cuyos efectos se pretende extender (AP) y el competente para la ejecución de la sentencia (el que la dictó en primera instancia *ex* art. 545.1 LEC) no coinciden. Habría sido más fácil y correcto referirse únicamente al «órgano que haya conocido del asunto en primera instancia» porque no olvidemos que sólo es posible extender los efectos de una sentencia que adquiere firmeza tras ser recurrida en apelación y, por ende, dictada por la AP, órgano que carece de competencia para ejecutarla. De ahí que se haya indicado que la sentencia que debe tomarse «como referente para acceder a la extensión de efectos puede no ser la dictada en primera instancia sino en apelación, según haya modificado o confirmado la de primera instancia». *Vid.* ARMENGOT VILAPLANA, «El pleito testigo y la extensión de los efectos de una sentencia: dos intentos (imperfectos) para agilizar las respuestas en la litigación masiva», *cit.*, p. 25.

Parece que la confusa expresión se debe a que, como he apuntado *supra*, se quería exigir que existiese una sentencia estimatoria o favorable dictada en primera instancia y que la AP la hubiese ratificado o confirmado. Siendo así, no cabría pretender la extensión de efectos de sentencias dictadas por Audiencias Provinciales si estas son revocatorias de las dictadas en primera instancia, y ello justificaría el tenor literal alternativo de «órgano jurisdiccional sentenciador o competente para la ejecución de la sentencia».

¹¹⁷ Recordemos que en principio es competente para conocer de las demandas individuales sobre CGC el órgano judicial del domicilio del actor. En efecto, *ex* art. 52.1.14º LEC, «en los procesos en que se ejerciten acciones para que se declare la no incorporación al contrato o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación, será competente el tribunal del domicilio del demandante. Y, sobre esa misma materia, cuando se ejerciten las acciones declarativas, de cesación o de retractación, será competente el tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, el de su domicilio; y si el demandado careciere de domicilio en el territorio español, el del lugar en que se hubiera realizado la adhesión». Fíjese en que he dicho «en principio es competente»: ello se debe a que no siempre será competente dicho tribunal, aunque lo normal en la práctica es que lo sea. Y es que el TS en su Auto (Sala de lo Civil) de 15 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:1575A), que resuelve un conflicto negativo de competencia territorial (en un supuesto en que un consumidor había acumulado en su demanda, por un lado, y de forma simple, varias pretensiones de nulidad de diferentes CGC -nulidad de la cláusula de interés remuneratorio y la cláusula de amortización, por no superar el control de incorporación y el de transparencia; nulidad de la cláusula de reclamación de posiciones deudoras por no superar el control de incorporación y, subsidiariamente, por abusividad; nulidad de la cláusula de imputación de pagos por no superar el control de incorporación y, subsidiariamente, por abusividad, y nulidad de la cláusula de mora en el pago por su abusividad- y, por otro lado, de forma eventual o subsidiaria, una pretensión de nulidad fundamentada en la Ley de Represión de la Usura, de 23 de julio de 1908), unificó doctrina, acabando con las divergencias interpretativas que existían previamente en los tribunales (incluido el propio TS), y estableció que cuando se pida la nulidad de distintas cláusulas contractuales «no estamos ante una única acción de condiciones generales de contratación, sino ante varias acciones, y ello con independencia de que se trate de una acumulación simple o de una acumulación eventual» (en sentido contrario se pronunciaban resoluciones como el ATS -Sala de lo Civil- de 11 de julio de 2023 [ECLI:ES:TS:2023:11023A], según el cual estábamos ante una única acción aunque se hubiera instado la nulidad de varias cláusulas), resultando aplicable el art. 53.1 LEC para determinar la competencia territorial. En aplicación de este precepto, al no existir una acción que sea el fundamento de las demás, aunque los hechos relevantes en los que se basan tienen un sustrato común, «ha de acudirse al criterio del fuero correspondiente a la mayoría de las acciones acumuladas, a las que resulta aplicable el inciso primero del art. 52.1.14.º LEC» (FD Cuarto).

En el caso de coincidir cuantitativamente el número de acciones ejercitadas (pensemos en que solo se haya solicitado la nulidad de una CGC y, también, la nulidad contractual al amparo de la citada Ley de 1908) y al no constar una acción cuantitativamente más importante que otra, la solución pasará por aplicar analógicamente el art. 53.2 LEC, de forma que, al poder corresponder la competencia territorial a los órganos jurisdiccionales de más de un lugar, la demanda podrá presentarse ante cualquiera de ellos, a elección del actor.

Y todo lo anterior lo digo partiendo de que soy consciente de que como las acciones individuales sobre CGC se sustancian por los cauces del juicio verbal desde el RD 6/2023 (antes, juicio ordinario), resulta más difícil acumular acciones (como la mencionada de nulidad por usura u otra) porque no podrán acumularse acciones que deban

El que el art. 519.2.e) LEC se refiera únicamente a la competencia territorial (y no a la objetiva) se debe a que el órgano competente objetivamente para conocer de las demandas del art. 250.1.14ª LEC es siempre la Sección Única o Civil de los Tribunales de Instancia.

Es decir, que sería absurdo exigir que el órgano jurisdiccional sentenciador o competente para la ejecución de la sentencia cuyos efectos se pretende extender fuera también competente objetivamente para conocer de la eventual pretensión porque ambos coinciden.

8º) Otro obstáculo es la brevedad del plazo que se prevé para poder solicitar la extensión de los efectos: un año desde la firmeza de la sentencia cuyos efectos se quieren extender (art. 519.2 *in fine*). Este plazo, que en principio podría parecer extenso, la realidad ha demostrado ser insuficiente en el orden contencioso-administrativo¹¹⁸. Y lo mismo cabe esperar en el orden civil por la dificultad existente para que los potenciales consumidores interesados en extender los efectos de la sentencia conozcan la existencia de ésta y la fecha de su firmeza. Aunque es verdad que el Registro de CGC es un instrumento útil al respecto, lo cierto es que el consumidor medio ignora su existencia y puede ser ya tarde cuando ponga su asunto en manos de un abogado o abogada.

3.2. Obstáculos derivados de la defectuosa redacción del art. 519 LEC

Hay toda una serie de dudas que surgen de la defectuosa redacción del art. 519 LEC, precepto con vacíos legales que tampoco cabe colmar acudiendo a otros preceptos de la LEC. Seguidamente me referiré a algunos de los problemas interpretativos derivados de estas lagunas.

1º) No aclaró el RDL 6/2023 si antes de plantear el correspondiente incidente solicitando la extensión de efectos, el consumidor previamente debía haber presentado la reclamación extrajudicial introducida en el art. 439 *bis* LEC. Tampoco ha aclarado la LO 1/2025, de 1 de enero, que sabemos ha introducido la regla de tener que acudir a un MASC como presupuesto de procedibilidad en la jurisdicción civil, si el consumidor debe haber observado tal reclamación extrajudicial o cualquier otra¹¹⁹ antes de presentar tal incidente.

La LO 1/2025 exceptúa la aplicación de este presupuesto de procedibilidad «para la interposición de una demanda ejecutiva» (art. 5.3), pero no hay que perder de vista que estamos ante un incidente de naturaleza declarativa que nada tiene que ver con el planteamiento de una demanda ejecutiva, por mucho que se regule dentro de las normas relativas a los procesos ejecutivos.

sustanciarse por los trámites del juicio ordinario por superar la cuantía los 15.000 euros. Aunque, si el Proyecto de Ley de acciones colectivas ve la luz, nuevamente estas acciones individuales pasarán a tramitarse por los cauces del juicio verbal.

Resumiendo, y en definitiva, por lo que ahora interesa destacar, habrá supuestos en que pueda ser competente un órgano jurisdiccional distinto al del domicilio del actor para conocer de una demanda individual en la que se ejercitan acciones sobre CGC en la que se acumulan acciones de otro tipo.

¹¹⁸ LÓPEZ GIL, «Extensión de efectos de las sentencias en el orden contencioso administrativo: eficiencia, garantías y el horizonte de la Inteligencia Artificial», *cit.*, p. 65.

¹¹⁹ La jurisprudencia menor viene interpretando la farragosa Disposición adicional séptima de la LO 1/2025 en el sentido de que en el ámbito del consumo para tener por cumplido el presupuesto de procedibilidad es suficiente presentar cualquier reclamación previa ante la empresa, no siendo necesario observar la reclamación extrajudicial regulada en el art. 439 *bis* LEC ni cualquier otro MASC. *Vid.*, entre otras resoluciones, AAP de Oviedo 97/2025, de 25 de junio (ECLI:ES:APOU:2025:530A), FD Tercero; o AAP de Ourense 227/2025, de 16 de julio (ECLI:ES:APO:2025:646A), FD Tercero.

Si partimos de que la finalidad pretendida con las medidas que están siendo estudiadas en esta obra es la agilización procesal (y, más en concreto, que los consumidores puedan recuperar con la mayor rapidez posible la devolución de cantidades satisfechas en aplicación de cláusulas abusivas), no es muy coherente con ello exigir previamente la observancia del presupuesto de procedibilidad. Además, dejaría en manos de la empresa o profesional demandado alargar el acceso a la justicia del consumidor y a ver satisfechos sus derechos sin ningún tipo de penalización. Digo esto porque bastaría con que la empresa o profesional no accediera a la reclamación extrajudicial del consumidor o, incluso, ni la contestara y, una vez planteado el incidente, se allanara para no ser condenado en costas.

2º) En íntima relación con lo que acabo de indicar, hay otro obstáculo que debe comentarse. Y es que el régimen jurídico particular de costas previsto para este incidente no es acorde con el Derecho de la Unión Europea. De este régimen se desprende:

- Por un lado, que no se condenará en costas a la empresa o profesional demandado cuando se allane (no se oponga).
- Y, por otro lado, que cuando se haya opuesto el demandado, si el auto que resuelve el incidente accede total o parcialmente, se aplicará el régimen jurídico de imposición de costas procesales previsto en el artículo 394 LEC.

Pues bien, como ya advirtió el CGPJ¹²⁰, de no haberse opuesto el demandado, el consumidor «tendrá que hacer frente a los gastos derivados de su defensa y representación y no quedará totalmente indemne frente a la cláusula abusiva»; como tampoco quedará totalmente indemne cuando se haya estimado parcialmente la demanda y no se condene en costas a la empresa demandada. Como ha indicado la citada STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 (ECLI:EU:C:2020:578), «el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales».

3º) Ni siquiera precisa el art. 519 LEC cuál es el órgano competente para conocer del incidente ahora comentado. No hay que olvidar que no estamos ante una demanda ejecutiva y, por ende, no resulta aplicable el art. 545.1 LEC. Si tenemos en cuenta que el apartado 1 de igual precepto atribuye la competencia para conocer del incidente de extensión de efectos que en él se regula (y que trae causa en acciones colectivas) al «tribunal competente para la ejecución» de la sentencia, por analogía cabe entender que también será igual órgano judicial (la Sección Única o Civil del

¹²⁰ Vid. su Informe al Anteproyecto de Medidas de Eficiencia Procesal de 22 de julio de 2021, pp. 182 y 183. Aunque curiosamente en el segundo documento de trabajo que manejaba el propio CGPJ para aprobar un Plan de choque para la Administración de Justicia tras el estado de alarma (*vid. supra*, nota a pie 12) la redacción propuesta era la misma a la ahora criticada.

Tribunal de Instancia del domicilio del demandante) el que deba pronunciarse sobre tal incidente.

Esta misma interpretación es la que resulta coherente con lo que indicaba el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia de diciembre de 2020 y, siguiéndole, el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia de abril de 2022. Ambos indicaban en su Exposición de Motivos que «se permite que dicha extensión de efectos se pueda solicitar en el juzgado del domicilio de la persona afectada» (apartado V) y, el Anteproyecto, de forma más clara hacía constar en el propio art. 519 LEC que «la solicitud se planteará por medio de escrito dirigido al Juzgado del domicilio del demandante que hubiera dictado la sentencia cuyos efectos se pretende extender» (previsión que curiosamente no se acogió en el Proyecto) y, en el art. 52.14º LEC, que «para pedir la extensión de efectos de sentencias condenatorias en esta materia, será competente el tribunal del domicilio del demandante»¹²¹.

También parece ser la interpretación acorde con el *supra* criticado requisito contemplado en el art. 519.2.e) LEC: si se exige la aludida identidad competencial desde un punto de vista territorial porque se entiende que el territorio (domicilio del actor) es elemento fundamental, también deberá serlo para conocer del incidente de extensión de efectos.

4º) Otro problema es que no se contemplan, a diferencia de lo que sucede en la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 110.5 y 111, 2º LRJCA) y en la social (arts. 247 *bis*.5 y *ter*, 2º LRJS), posibles causas de desestimación de la extensión de efectos.

Mientras que tales Leyes incluso distinguen en su regulación entre causas de denegación de la extensión de efectos en caso de procedimiento testigo y al margen de él, la LEC ni distingue ni tan siquiera establece posibles causas de desestimación. ¿Significa esto que la extensión es automática, proceda o no del pleito testigo, y tan sólo cabe denegarla cuando se pretenda

¹²¹ El Anteproyecto resultaba más correcto en su redacción al introducir la aludida expresión en el art. 519 LEC, dado que limitarse a indicar en la Exposición de Motivos que «se permite que dicha extensión de efectos se pueda solicitar en el juzgado del domicilio de la persona afectada» puede inducir a equívocos pensando que el término «afectado» puede aludir tanto al beneficiado por la sentencia como al potencial beneficiado o, incluso, al predisponente. *Vid.* VACAS CHALFOUN, «Diálogos para el futuro judicial LVII. El pleito testigo y la extensión de efectos en el proceso civil», *cit.*, p. 15. Por otro lado, la nueva redacción que daba el Anteproyecto al art. 52.1,14º LEC era la siguiente: «En los procesos en que se ejerciten acciones para que se declare la no incorporación al contrato o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación *o para pedir la extensión de efectos de sentencias condenatorias en esta materia*, será competente el tribunal del domicilio del demandante. Y, sobre esa misma materia, cuando se ejerciten las acciones declarativas, de cesación o de retractación, será competente el tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, el de su domicilio; y si el demandado careciere de domicilio en el territorio español, el del lugar en que se hubiera realizado la adhesión» (la cursiva es lo que pretendía añadir el Anteproyecto a la redacción que había y que seguimos teniendo en el citado precepto).

No obstante, hay que decir que la regulación del Anteproyecto en este punto resultaba igualmente criticable considerando que el art. 519.2 LEC, en la redacción dada por aquél, no recogía, entre los requisitos que tenían que darse para poder extenderse los efectos, el actualmente previsto en la letra e) («que el órgano jurisdiccional sentenciador o competente para la ejecución de la sentencia cuyos efectos se pretende extender fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de la pretensión»). Faltando este requisito surgía la duda de si era competente «el juzgado que dictó la sentencia cuyos efectos se han de extender, o el del domicilio del demandante de la extensión». Por ello el CGPJ indicada la necesidad de que el prelegislador aclarara la competencia territorial. *Vid.* su Informe al Anteproyecto de Medidas de Eficiencia Procesal de 22 de julio de 2021, p. 181.

«reconocer una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia de que se trate» (art. 519.4 LEC) o -cuando la sentencia no provenga de un procedimiento testigo- no concurren los otros requisitos necesarios para que proceda tal extensión? ¿O sería posible denegar la extensión por otras causas?

Si estamos a las causas de desestimación previstas en la legislación contencioso-administrativa y la social, se prevén tres motivos, coincidentes en ambas leyes, para el caso de que se solicite una extensión de efectos que no provenga de un pleito testigo. Son, en concreto: 1) que exista cosa juzgada; 2) que se pretendan extender los efectos de una sentencia que se opone a jurisprudencia del TS o, en su caso, a jurisprudencia menor de TSJ; 3) y que se pretendan extender los efectos en un caso en que el interesado en tal extensión ha consentido el acto ilícito, por no haberlo recurrido ante los tribunales, del que ahora quiere hacer valer efectos. Veamos si estas tres causas podrían ser aplicables en el orden jurisdiccional civil.

Pese a la falta de previsión de la primera causa, está claro que no procedería extender los efectos de una sentencia a un consumidor que, pese a haber litigado y su asunto haber sido resuelto por sentencia firme, así lo pretenda¹²². Podría el juez apreciar de oficio la cosa juzgada¹²³ si casualmente su asunto lo resolvió él y tiene constancia de la firmeza de su sentencia (en cuyo caso lo lógico sería inadmitir la solicitud por falta de este presupuesto procesal como de cualquier otro, como podría ser la falta de postulación¹²⁴, aunque no se contemple la posible inadmisión) o podría apreciarla tras haberla alegado el demandado en su oposición a la extensión de efectos (en cuyo caso ya hablaríamos del dictado de un auto de desestimación aunque sea por motivos procesales, algo parecido a las sentencias meramente procesales o de absolución en la instancia).

Si partimos de que se pretenda la extensión de efectos en un pleito testigo carece de sentido hablar de cosa juzgada, dado que el procedimiento dependiente ha estado suspendido a la espera de que el proceso testigo se resolviera por sentencia firme.

La segunda causa podría ser aplicable¹²⁵, aunque su conveniencia plantea dudas. Podría ser bien recibida cuando la solicitud de extensión de efectos provenga de un pleito testigo (partiendo de

¹²² Sobre el particular *vid.* las SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980), y de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 (ECLI:EU:C:2017:60). De estas resoluciones se desprende que la protección del consumidor tiene límites, como la cosa juzgada.

¹²³ Como ha declarado el TS, «ha de estimarse de oficio para evitar resoluciones contradictorias que serían contrarias a la seguridad jurídica, cuestión que es de orden público» (STS 230/2010, de 20 de abril [ECLI:ES:TS:2010:1925], FD Segundo, con cita de más resoluciones en este sentido).

¹²⁴ Aunque tampoco lo aclare el art. 519 LEC, considero que para solicitar la extensión de efectos es necesario que la misma vaya firmada por abogado y procurador, aunque su cuantía no supere los 2000 euros (duda que planteó el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de Medidas de Eficiencia Procesal de 22 de julio de 2021, p. 182). Y ello porque con la extensión de efectos se trata de evitar la proliferación de numerosos juicios verbales por la materia del art. 250.1.14ª LEC, juicios verbales en que es preceptiva la postulación *ex arts.* 23.1 y 31.1 LEC. Cuestión diferente es que podría ser de utilidad que se exceptuara la postulación en los aludidos casos de escasa cuantía y, en este sentido, que el CGPJ aprobara unos modelos normalizados al efecto en papel que los consumidores pudieran emplear y que las sedes judiciales electrónicas de las distintas CCAA con competencias en materia de justicia también contaran con formularios electrónicos.

¹²⁵ En este sentido el CGPJ proponía en el segundo documento de trabajo de su Plan de choque para la Administración de Justicia tras el estado de alarma (*vid. supra*, nota a pie 12), hacer posible la extensión de efectos de sentencias que tuviesen «fundamento en doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo» (*vid.* p. 115). Esto es, en dicha propuesta el respecto de la jurisprudencia del TS constituía uno de los requisitos exigidos para poder extender los efectos.

que para dicha extensión no es necesario observar los requisitos previsto en el art. 519.2 LEC) porque con ello se trataría de conseguir «homogeneidad en la respuesta de la Justicia ante esta tipología de procedimientos»¹²⁶ y garantizar con ello mayor seguridad jurídica¹²⁷. Pero si la extensión de efectos no proviene de un pleito testigo (recordemos que en este caso la sentencia se habrá recurrido ante la AP), carece de sentido -el sistema estaría pervertido y sería difícil poder confiar en él- que un juez de un Tribunal de Instancia pueda cuestionar y pasar por alto una sentencia dictada por un órgano colegiado jerárquicamente superior (AP) que, además, es firme (probablemente desde que se dicte, al no admitirse un recurso de casación por interés casacional notorio), por oponerse a jurisprudencia del TS.

En cualquier caso, con independencia de la conveniencia o no de esta causa, ante la falta de previsión expresa por parte de la LEC de este motivo de desestimación a pesar de que no parece haber justificación para un tratamiento distinto con respecto a lo previsto en la LRJCA y LRJS, la seguridad jurídica exige decantarse por su inobservancia.

Con respecto a la tercera causa, ésta no resulta aplicable en el orden civil. Dejando de lado que carece de sentido su previsión para el orden jurisdiccional contencioso-administrativo¹²⁸, no sería posible su aplicación en caso de solicitar la extensión de efectos de una sentencia que no provenga de un procedimiento testigo porque el art. 519.2 LEC parte de posibilitar acudir a un proceso declarativo del art. 250.1.14ª LEC o, si se prefiere, solicitar la aludida extensión de efectos. De ello se infiere que no podría justificar la denegación de la extensión de efectos el hecho de haberse aquietado el consumidor y no haber interpuesto la correspondiente demanda juicio verbal.

También queda claro que este motivo es inaplicable cuando la solicitud de efectos proviene de un pleito testigo, dado que la aplicación de esta institución presupone la presentación de demandas judiciales en situaciones sustancialmente idénticas que dan lugar a procesos que quedan en suspenso¹²⁹.

Para los casos en que se pretenda una extensión de efectos de una sentencia derivada de un procedimiento testigo, tanto el art. 111, 2º LRJCA como el art. 247 *ter*, 2º LRJS recogen como

¹²⁶ *Vid. supra*, nota a pie 15.

¹²⁷ Por ello no me sorprende que PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Diálogos para el futuro judicial LVII. El pleito testigo y la extensión de efectos en el proceso civil», *cit.*, p. 14, considere que esta omisión es grave, pues una sentencia patológica, por contraria a jurisprudencia, se podrá extender a otros supuestos.

¹²⁸ Y ello porque reduce enormemente la utilidad de la figura de la extensión de efectos considerando que ésta sólo sería posible instarla en el periodo comprendido entre la notificación del acto que agota la vía administrativa y el plazo para recurrirlo ante los tribunales. La escasez de la operatividad de esta figura ha sido puesta de manifiesto por el propio TS (*vid.*, ATS de 7 de marzo de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:2924A], FD Cuarto), lo que precisamente le ha conducido a relajar la aplicación de este requisito, entendiendo que no hay acto consentido cuando estamos ante un acto administrativo con pluralidad de destinatarios y uno de ellos no lo hubiese impugnado. *Vid.* LÓPEZ GIL, «Extensión de efectos de las sentencias en el orden contencioso administrativo: eficiencia, garantías y el horizonte de la Inteligencia Artificial», *cit.*, p. 69.

¹²⁹ Como he explicado carece de sentido prever como causas de desestimación de extensión de efectos en casos que provienen de pleitos testigos la 1ª y la 3ª. Por ello el art. 111, 2º LRJCA tan sólo se remite -por considerarla aplicable- a la causa prevista en el art. 110.5.b) (la aludida oposición a jurisprudencia). Ello quedó claro tras la modificación operada en este artículo por la Ley 13/2009, tras estos y los otros problemas interpretativos advertidos *supra* en este trabajo. Pero curiosamente el art. 247 *ter* 2º LRJS vuelve a incurrir en el mismo error porque se remite en bloque a las causas de desestimación previstas en el art. 247 *bis*.5. Dicha remisión debe entenderse hecha, pues, únicamente a la causa prevista en la letra b) de este precepto (oposición a jurisprudencia).

motivo de desestimación de dicha extensión la concurrencia de causas de inadmisibilidad del proceso pendiente, por falta -así hay que entenderlo- de algún requisito o presupuesto procesal (jurisdicción o competencia, capacidad, postulación, etc.). Aunque la LEC no haya recogido nada al respecto, en la medida en que sólo una relación jurídico procesal correctamente constituida justifica el acceso a la justicia y está amparada por la tutela judicial efectiva, la falta de algún requisito o presupuesto procesal que no haya sido detectada de oficio por el LAJ ni por el órgano judicial (lo que debería dar lugar a la inadmisión de la demanda cuando el defecto no fuera subsanable) pero sí alegada por el demandado en su escrito de oposición a la extensión de efectos, debería conducir a la desestimación de la extensión de efectos por tales cuestiones procesales.

3.3. Obstáculos derivados del nuevo régimen jurídico de acciones colectivas: el modelo *opt-out*

Como ya he comentado, el Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, parte en principio de un modelo *opt-out* para las acciones colectivas resarcitorias. Estamos ante un modelo que, pese a los numerosos detractores¹³⁰ (muchos lo son por la dificultad de cohonestar este modelo con la tutela judicial efectiva de los consumidores ante la dificultad de que éstos puedan llegar a conocer la existencia de la acción de «representación»), es verdad que podría considerarse más eficaz que el *opt-in* cuando los perjuicios sufridos por los consumidores no sean muy elevados, porque probablemente en estos casos dichos consumidores no deseen iniciar un proceso individual¹³¹. La constitucionalidad de este modelo dependerá fundamentalmente de la publicidad que se haga del proceso colectivo y la sentencia firme en él dictada: si esta es insuficiente para poder llegar realmente al conocimiento de aquellos y poder elegir la exclusión vulnerará su tutela judicial efectiva.

Tampoco sorprende la existencia de tantos detractores si tenemos en cuenta que este modelo se aleja del propio de nuestra tradición jurídica. Y es que en España, ante la confusa regulación de las acciones colectivas (que tampoco aclara el modelo implantado), de la doctrina del TJUE y la jurisprudencia española (tanto del TC como del TS), en virtud de las cuales, por un lado, no cabe apreciar litispendencia si un consumidor inicial interpone una demanda individual tras el inicio del proceso colectivo en que no es parte y, por otro lado, la cosa juzgada de sentencias firmes dictadas en procesos colectivos no alcanza a los consumidores no personados ni identificados *ex art. 221.1.1ª LEC* en la sentencia, cabe inferir que contamos con un modelo más próximo al de la inclusión voluntaria u *opt-in*¹³².

¹³⁰ Basta con estar, p. ej., al Dictamen 1/2023, de 23 de enero, del Comité Económico y Social de España, sobre el Anteproyecto de Ley de Acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, pp. 17 y 18; o al Informe del CGPJ al mencionado Anteproyecto de Ley de Acciones de representación de 27 de abril de 2023, pp. 63 y 64.

¹³¹ ARMENGOT VILAPLANA, «La armonización de las acciones colectivas: una tarea pendiente», en ARANGÜENA FANEGO/DE HOYOS SANCHO (dirs.), *Hacia un Derecho Procesal Europeo: IX Memorial Manuel Serra Domínguez*, Atelier, 2024, p. 707.

¹³² En términos de ARMENGOT VILAPLANA, «La cosa juzgada en las acciones colectivas», en MONTESINOS GARCÍA (dir.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la Justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 270 y 271, «por vía jurisprudencial se ha instaurado en nuestro ordenamiento el sistema de *opt-in*, pues para que la sentencia dictada en el proceso colectivo alcance al consumidor es preciso que éste lo solicite, sea porque su nombre ya aparece en la demanda, sea por su posterior intervención «para hacer valer su derecho o interés individual», sea porque solicita el reconocimiento de su condición de perjudicado en fase de ejecución (art. 519 LEC)».

En efecto, tanto el TJUE (*vid.* su Sentencia de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y 385/14 [ECLI:EU:C:2016:252]) como, siguiéndole, el TC (STC 148/2016, de 19 de septiembre [BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2016])¹³³ consideran que las acciones colectivas y las individuales son de distinta naturaleza y focalizan su atención en que no hay identidad objetiva entre unas y otras (mientras que en las primeras se cuestiona una CGC que afecta a una colectividad y que sólo puede ser cuestionada en abstracto, en las segundas, se cuestiona una cláusula concreta a la luz de circunstancias específicas), por lo que no cabría apreciar litispendencia ni extender los efectos de cosa juzgada material a todos los consumidores afectados por igual conducta infractora dañosa, pudiendo estos ejercitar acciones individuales¹³⁴. Citando a ambas sentencias, se encuentran las SSTs (Sala de lo Civil) 127/2017, de 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2017:477); FD Tercero, y 478/2017, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2017:3035), FD Segundo; aunque de la anterior STS (Sala de lo Civil) 375/2010, de 17 de junio (ECLI:ES:TS:2010:4216), FD Tercero, ya se desprendía que la cosa juzgada de la sentencia firme dictada en el proceso colectivo solo se extiende a los consumidores afectados que fueron parte o a quienes, sin serlo, se identificaron en la sentencia en los términos del art. 221.1.1ª LEC¹³⁵.

¹³³ Señala el FJ 6: «La identidad -que no mera similitud- de objeto entre ambos procesos, de otro lado, resulta cuanto menos dudosa. La demanda de cesación se configura por ley como instrumento de control abstracto de cláusulas ilícitas, y lo que se pretende con ella es que el profesional demandado deje de recomendarlas o suscribirlas con sus potenciales clientes. En este caso, la acción de cesación de ADICAE impugnaba, entre otras, la cláusula suelo cuyo contenido coincide con la firmada por los recurrentes años antes con la misma entidad bancaria. Pero lo cierto es que en ese proceso no se conoció de la cláusula suelo de «su» contrato, ni de las circunstancias concurrentes en su celebración (arts. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE y 82.3 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios), como por ejemplo el cumplimiento del principio de transparencia. El objeto controvertido por tanto entre ambos procesos es similar, pero no idéntico. Ello no obsta, por supuesto, a que el Juzgado *a quo*, al dictar Sentencia sobre el fondo, deba de tener en cuenta los pronunciamientos ante todo del Tribunal Supremo, máximo intérprete de la legalidad ordinaria (art. 123 CE), en torno a la validez o nulidad de este tipo de cláusula. Pero extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato, en los términos observados antes por nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. O cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima por mor de una línea de defensa jurídica de la entidad actora, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes sólo por él conocidas».

¹³⁴ Sobre el particular *vid.* CORDÓN MORENO, «Litispendencia y cosa juzgada en los procesos para la tutela de los derechos de los consumidores», *cit.*, trabajo en que el autor tiene claro que no hay litispendencia ni cosa juzgada cuando el proceso colectivo (o la acción) es de cesación o de nulidad, a la luz de la citada STJUE y del TC; pero indica que la cuestión no está tan clara cuando el proceso colectivo es resarcitorio (solicitando, p. ej., la condena a la devolución de cantidades indebidamente percibidas).

¹³⁵ El Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios se limita a indicar en el nuevo art. 830.4 que introduce en la LEC que «el ejercicio de la acción colectiva de cesación no requiere que los consumidores y usuarios afectados manifiesten su voluntad de adherirse a ella o de beneficiarse o de una eventual sentencia estimatoria». Si con esta oscura norma lo que se quiere es establecer una eficacia automática *secundum eventum litis* (según el resultado del litigio) de la sentencia firme favorable dictada en el proceso colectivo de cesación, ello no sería acorde con lo establecido por el art. 15 de la Directiva 2020/1828. Aunque esta Directiva no señala nada sobre la eficacia de la condena de cesación y el eventual pronunciamiento declarativo, ni siquiera en el aludido art. 15 regulador de los efectos de las resoluciones firmes, tal postura o entendimiento no se ajustaría a este precepto porque el «hacer prueba» a que alude es algo distinto a una automática o «directa vinculación al contenido del pronunciamiento de la existencia de una infracción» (*vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, «Prospectiva de la tutela colectiva en España: entre el proceso testigo y la transposición de la Directiva 2020/1828», *cit.*, pp. 132 a 134).

No contempla el Proyecto, con respecto a los procesos en que se ejerciten acciones colectivas de cesación, ningún precepto similar al nuevo art. 862 LEC, que regula la cosa juzgada en los procesos en que se ejerciten acciones colectivas resarcitorias y que en principio la extiende a todos los consumidores afectados, aunque no hayan sido identificados de manera individualizada (salvo en los casos excepcionales en que el juez decida observar un

Si finalmente se aprueba el mencionado modelo de acciones colectivas resarcitorias, se limitará aún más la existencia y funcionalidad de la posible extensión de efectos prevista en el art. 519.2 LEC. Y ello porque la eficacia de esta figura quedará reducida a las demandas del art. 250.1.14^a LEC planteadas ante los tribunales cuando, con respecto a igual conducta infractora dañosa, no exista una acción colectiva resarcitoria previa o, habiéndola, no haya transcurrido el plazo de entre dos y seis meses fijado en el auto homologando el acuerdo resarcitorio o certificando la acción colectiva para desvincularse de ellos. Transcurrido tal plazo ya no será posible solicitar la extensión de efectos de sentencias, excepto para quienes expresamente se hayan desvinculado del proceso colectivo.

Y repárese en que, si sigue adelante el Proyecto, será necesario derogar únicamente el apartado 1 del art. 519 LEC (y no el art. 519 como propone) y modificar el art. 519.2 LEC para sustituir la expresión «sin perjuicio de que se pueda optar por acudir a un procedimiento declarativo, en el caso de las demandas referidas en el artículo 250.1.14.º» por la de «sin perjuicio de que en los casos del artículo 862.1, 2º de esta ley se pueda optar por acudir a un procedimiento declarativo al amparo del artículo 250.1.14», aclarando con ello que sólo será posible presentar una demanda del art. 250.1.14^a LEC cuando el consumidor no esté afectado por la cosa juzgada material de otra sentencia firme dictada en un proceso colectivo¹³⁶.

4. A modo de breves reflexiones finales

Sin perjuicio de que el pleito testigo y la extensión de efectos de sentencias son medidas que llegan tarde (cuando la avalancha de litigios bancarios ya ha pasado) y, por tanto, su eficacia de partida es reducida, hemos visto algunos de los obstáculos fundamentales que impiden una mayor eficacia y que se empleen más en la jurisdicción civil. Algunos de ellos podrían solucionarse en los términos indicados en el presente trabajo, dando una mejor redacción tanto al art. 438 *bis* como al art. 519 LEC para acabar con su ambigüedad y las tantas dudas planteadas.

modelo *opt-in*). En consecuencia, si interpretamos el art. 830.3 en los términos expuestos, habrá que entender que nada impediría a un consumidor ejercer una acción individual de CGC cuando en el proceso colectivo la sentencia firme fuera desestimatoria porque no le alcanzaría la cosa juzgada.

La pregunta que surge es, entonces, qué motivos hay para entender algo distinto en relación con las acciones colectivas resarcitorias porque, al fin y al cabo, estamos igualmente ante acciones colectivas, de distinta naturaleza a la de las individuales y con diferencias desde un punto de vista subjetivo y objetivo. Y tampoco perdamos de vista que las entidades legitimadas para iniciar un proceso colectivo podrán acumular ambas acciones (de cesación y resarcitorias) en el mismo procedimiento (nuevo art. 833.1 LEC, en su redacción por el Proyecto) y resultaría absurdo que la acción colectiva de cesación no impida iniciar procesos individuales tras su resolución por sentencia firme y, sin embargo, sí lo haga la sentencia firme que resuelve una acción colectiva resarcitoria, cuando precisamente la restitución de cantidades es accesoria a la declaración de nulidad de la CGC.

¹³⁶ Repárese en que no cabrá interponer acciones colectivas para impugnar cláusulas abusivas en casos en que sea preciso efectuar el doble control de transparencia y tener en cuenta las concretas circunstancias del proceso de contratación. Esto es así porque difícilmente en estos supuestos podamos hablar de la necesaria homogeneidad de las pretensiones que exige el nuevo art. 847.1 y 2 LEC -introducido por el Proyecto- para poder certificar la acción colectiva, a la luz de la jurisprudencia del TS. Y es que el Alto Tribunal, en resoluciones como las recientes SSTS (Sala de lo Civil) 1590/2025 (ECLI:ES:TS:2025:4876) y 1591/2025 (ECLI:ES:TS:2025:4838), ambas de 11 de noviembre, cierra las puertas a declaraciones automáticas de nulidad de una cláusula (concretamente, con respecto a la polémica cláusula de intereses remuneratorios referenciados al IRPH) porque el simple hecho de emplearla no permite concluir que el consumidor carecía de la información suficiente para saber lo que firmaba y sus consecuencias. *Vid.* <https://noticias.juridicas.com/la-sentencia-de-la-semana/sentencias/20683-el-supremo-cierra-la-puerta-a-declarar-abusivas-todas-las-clausulas-irph-de-manera-generalizada:-hay-que-mirar-caso-por-caso/>, consultada el 6.2.26.

Pero lo que sobre todo se evidencia con el análisis efectuado de tales escollos es que mientras la extensión de efectos no suele presentar problemas de aceptación entre los operadores jurídicos y la doctrina porque aquellos podrían solucionarse corrigiendo «males» menores en su redacción, no podemos decir lo mismo con respecto al pleito testigo. Y ello porque esta figura, en los términos en que está articulada en aras de una aparente economía procesal, no sólo pone en cuestión tradicionales principios específicos del proceso civil (como es el dispositivo, pudiendo el tribunal acordar de oficio la aplicación del pleito testigo en contra de la voluntad de las partes), sino incluso esenciales de todo proceso, como son el principio de audiencia y contradicción y el de igualdad, y el derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de las partes de los procesos dependientes. Digo «aparente» porque ni siquiera está garantizada realmente dicha economía procesal al poder acabar el pleito testigo con una sentencia desestimatoria y el consumidor decidir continuar con el proceso dependiente suspendido o podría acabar de forma anormal y no poderse plantear la extensión de efectos.

En el ámbito del Derecho de Consumo y, en particular, el de las cláusulas abusivas, puede estar justificada la inobservancia de principios y reglas procesales clásicas cuando tengan su origen en normas (sean de la UE o nacionales) dictadas en un patente beneficio del consumidor¹³⁷; pero ya no tanto cuando el beneficio para el consumidor es dudoso y mucho menos si se puede afectar a sus derechos fundamentales. Y acordar de oficio el pleito testigo (o, a solicitud de la parte demandada) para favorecer a la Administración de Justicia a costa de impedir al consumidor acceder a la justicia en un plazo razonable y de omitir reglas sobre la interrupción de la prescripción de sus acciones, vulnerando con ello su tutela judicial efectiva, es inadmisibles. Como también es inadmisibles desde el punto de vista del principio de efectividad de la UE, en virtud del cual los Estados miembros deben establecer legislaciones internas que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión confiere. En el concreto ámbito del Derecho de consumo y de las CGC, suspender automáticamente la tramitación de los procedimientos dependientes sin que el juez pueda tomar en consideración si es pertinente esa suspensión hasta que exista sentencia firme en el proceso testigo desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante él, es contrario al art. 7.1 de la Directiva 93/13/CEE. Así pues, la regulación del pleito testigo no constituye un medio adecuado ni eficaz para que cese el uso de cláusulas abusivas, en contra de lo dispuesto en el citado art. 7.1. Y bajo ningún concepto la necesidad de garantizar la coherencia entre resoluciones judiciales ni la de evitar la saturación de los tribunales puede justificar esa falta de efectividad (*vid.* STJUE de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y 385/14 [ECLI:EU:C:2016:252]).

En otro orden de consideraciones, resulta imprescindible compatibilizar la regulación de las dos figuras objeto de estudio con el nuevo régimen jurídico proyectado de las acciones colectivas resarcitorias. Si se pretende una mayor efectividad o eficacia del proceso testigo y de la extensión de efectos, será necesario reconsiderar la regulación del Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.

¹³⁷ Y siempre y cuando no se prive al consumidor de su «facultad de renunciar a hacer valer sus derechos, de forma que el juez nacional debe tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, sin embargo, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula (véase la sentencia de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11, EU:C:2013:88, apartado 35)» (véase la STJUE de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y 385/14 [ECLI:EU:C:2016:252], apartado 25).

En efecto, para que la extensión de efectos de sentencias sea más útil y eficaz sería necesario sustituir el modelo escogido como regla general (*opt-out*) por el *opt-in*¹³⁸. Si no se hace, la eficacia de la posible extensión quedará relegada únicamente a los casos planteados ante los tribunales sobre CGC (las demandas del art. 250.1.14ª LEC) cuando, con respecto a igual conducta infractora dañosa, no exista una acción colectiva resarcitoria previa pendiente o, habiéndola, no haya transcurrido el plazo de entre dos y seis meses fijado en el auto homologando el acuerdo resarcitorio o certificando la acción colectiva para desvincularse de ellos. Transcurrido tal plazo ya no será posible solicitar la extensión de efectos de sentencias, excepto para quienes expresamente se hayan desvinculado del proceso colectivo.

Más difícil parece cohonestar la regulación del nuevo régimen jurídico proyectado con la figura del pleito testigo para que ésta no pierda eficacia. Y ello fundamentalmente por tres motivos:

1) Porque parten de premisas diferentes: mientras que el modelo de acciones colectivas resarcitorias (sea el *opt-in* u *opt-out*) tiene en cuenta la voluntad del consumidor, no sucede lo mismo con el pleito testigo. Si se desean mantener ambas figuras (procedimiento testigo y acciones colectivas) debería reformularse la regulación del procedimiento testigo para que, de la misma forma que los demandantes de procesos en que se ejerciten acciones resarcitorias individuales pueden decidir no vincularse a la acción colectiva o al acuerdo resarcitorio y continuar con el curso de su proceso individual (sabemos que este es el modelo *opt-out* planteado, como regla general, por el Proyecto de Ley de acciones colectivas), igualmente se ofrezca la opción a los demandantes de procesos dependientes de poderse desvincular del proceso testigo individual sin tener que esperar a su finalización por sentencia firme.

2) Porque carecería de sentido acordar la suspensión del pleito testigo porque resulte que pueda pasar a ser «dependiente» del proceso colectivo. Para poder mantener la figura del procedimiento testigo sería necesario que los efectos del auto de certificación sobre las acciones individuales de resarcimiento (nuevo art. 853 LEC) y los efectos de la homologación del acuerdo respecto de procesos en que se ejerzan acciones individuales (nuevo art. 872 LEC) no afectaran al proceso testigo ni a los procesos de él dependientes. En el modelo *opt-in* ni siquiera sería necesario plantear una posible eficacia del auto de certificación sobre las acciones individuales de

¹³⁸ Pero si se desea instaurar un modelo de acciones colectivas más eficaz probablemente lo mejor sea optar por establecer este modelo como regla general, asumiendo que lo resuelto o acordado en el proceso colectivo que le ponga fin afectará a todos los consumidores afectados por la conducta infractora, salvo que estos opten por desvincularse. En este sentido, autores como ARMENGOT VILAPLANA, «La armonización de las acciones colectivas: una tarea pendiente», *cit.*, p. 706; BUJOSA VADELL, «¿De qué hablamos cuando hablamos de procesos colectivos?», en MONTESINOS GARCÍA (dir.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la Justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 42 y 43, para quien el modelo *opting out* es el «más favorable para el tratamiento colectivo de situaciones masivas», siempre y cuando se establezcan una serie de garantías o condiciones, entre la que está la existencia de una adecuada información sobre la pendencia del proceso dirigida a los miembros ausentes; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Capítulo 16. Acciones colectivas y Derecho europeo: el impacto de la Directiva 2020/1828 sobre el sistema procesal español», en GASCÓN INCHAUSTI/PEITEADO MARISCAL (dirs.), *Estándares Europeos y Proceso Civil: hacia un Proceso Civil convergente con Europa*, Atelier, 2022, p. 721; y PLANCHADELL GARGALLO, «Acciones colectivas y acceso a la justicia», en MONTESINOS GARCÍA (dir.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la Justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 198 y 199, para quien el sistema de *opt-in*, «si bien es cierto que se trata de una solución menos drástica desde el punto de vista constitucional, también es menos eficaz desde el punto de vista de la economía procesal, ya que esta alternativa no evita la posibilidad de que se interpongan demandas individuales» y «en los casos de daños ínfimos la falta de interés de los particulares en intervenir y «sumarse» al proceso supone un auténtico lastre para su efectividad».

resarcimiento ni una posible eficacia de la homologación del acuerdo respecto de procesos en que se ejerzan acciones individuales.

3) Porque -en el modelo *opt-out*- no cabría aplicar el procedimiento testigo a los consumidores que hayan decidido desvincularse de la acción colectiva resarcitoria o de su acuerdo homologado. Y es que carece de sentido que al consumidor se le permita «salir» de la acción colectiva para emprender la suya propia y posteriormente éste pueda ver suspendido su procedimiento individual iniciado, en contra de su voluntad, simplemente porque el juez decida que pase a ser dependiente de otro individual (el testigo) y que corra su suerte. Esto no sucedería en el modelo *opt-in*.

Se concluye, una vez más, que el modelo *opt-in* permitiría más fácilmente compatibilizar las acciones colectivas resarcitorias con el pleito testigo, ya que bastaría con introducir en éste la aludida voluntariedad. Si no se opta por tal modelo, el uso y efectos de la figura del pleito testigo quedarán limitados a las demandas presentadas ante los tribunales al amparo del art. 250.1.14ª LEC cuando, con respecto a igual conducta infractora dañosa, no se encuentre pendiente ninguna acción colectiva de resarcimiento o, habiéndola, los demandantes de procesos individuales pendientes cuyo objeto esté comprendido en el auto de certificación o que homologa el acuerdo resarcitorio, decidan expresamente -en el plazo de diez días otorgado al efecto- o tácitamente (por guardar silencio en dicho plazo) desvincularse de ellos y continuar con sus procedimientos individuales.

Así que, de aprobarse el modelo de acciones colectivas en los términos propuestos por el Proyecto de Ley, y considerando los numerosos escollos y problemas, incluso de constitucionalidad, que hemos visto presenta la figura del procedimiento testigo en los términos que se ha articulado, con un dudoso beneficio para el consumidor, tal vez sería recomendable eliminarla. La alternativa será reconfigurar el procedimiento testigo dando entrada al principio dispositivo para su aplicación (de forma que el juez solo pueda acordarlo a instancia de la parte demandante) o, de mantenerse la posibilidad de acordarlo de oficio, se deje en manos del consumidor demandante poderse «desmarcar» del pleito testigo. Y todo ello respetando los principios esenciales de todo proceso y la tutela judicial efectiva de todas las partes procesales, así como el Derecho de la Unión Europea.

5. Bibliografía citada

ABAD ARENAS, Encarnación, «La regulación de las acciones colectivas: un intento fallido al amparo del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de eficiencia del servicio público de justicia y de protección y defensa de los consumidores y usuarios», *Actualidad Civil*, núm. 3, 2025.

ACHÓN BRUÑÉN, María José, «Futuras reformas legales que afectan a pleitos con consumidores y usuarios: especial referencia a la extensión de efectos y al “pleito testigo” en los procesos de nulidad de cláusulas abusivas», *Práctica de Tribunales*, núm. 146, 2020.

ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, «La cosa juzgada en las acciones colectivas», en MONTESINOS GARCÍA, ANA (dir.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la Justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, 2020.

ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, «La armonización de las acciones colectivas: una tarea pendiente», en ARANGÜENA FANEGO, CORAL/DE HOYOS SANCHO, MONSERRAT (dirs.), *Hacia un Derecho Procesal Europeo: IX Memorial Manuel Serra Domínguez*, Atelier, 2024.

ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, «El pleito testigo y la extensión de los efectos de una sentencia: dos intentos (imperfectos) para agilizar las respuestas en la litigación masiva», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 66, 2025.

BUENOSVINOS GONZÁLEZ, Héctor/FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes/PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco/RAYÓN BALLESTEROS, María Concepción/TORRE SUSTAETA, María Victoria/VACAS CHALFOUN, Álvaro Eduardo, «Diálogos para el futuro judicial LVII. El pleito testigo y la extensión de efectos en el proceso civil», *Diario La Ley*, núm. 10222, 2023.

BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, «¿De qué hablamos cuando hablamos de procesos colectivos?», en MONTESINOS GARCÍA, ANA (dir.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la Justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, 2020.

CALAZA LÓPEZ, Sonia, «El realismo mágico del nuevo proceso civil», *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, núm. 2, 2020.

CASTILLO FELIPE, Rafael, «Análisis crítico de la ejecución en el proyecto de ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios», en GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, GEMMA (dir.), *La persona física en el proceso civil: evolución reciente en los conceptos de capacidad, legitimación y representación*, Atelier, 2025.

CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, «El nuevo pleito testigo en la jurisdicción social», en CAVAS MARTÍNEZ, Faustino/FERRANDO GARCÍA, FRANCISCA MARÍA (dirs.), *El proceso laboral tras las reformas de 2023 y 2025*, Laborum, 2025.

CORDÓN MORENO, Faustino, «Litispendencia y cosa juzgada en los procesos para la tutela de los derechos de los consumidores», accesible en <https://ga-p.com>, consultada el 4.1.26.

DAMIÁN MORENO, Juan, «Consideraciones en torno a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores», *Anuario de Derecho Civil*, 2023.

GARCÍA HERNÁNDEZ, Raquel, «Algunos problemas prácticos del R.D. 6/2023», *Boletín de derecho Privado de la asociación Judicial Francisco de Vitoria*, núm. 7, 2025.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Acumulación de acciones y de procesos civiles*, La Ley, 2019.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Capítulo 16. Acciones colectivas y Derecho europeo: el impacto de la Directiva 2020/1828 sobre el sistema procesal español», en GASCÓN INCHAUSTI, FERNANDO/PEITEADO MARISCAL, PILAR (dirs.), *Estándares Europeos y Proceso Civil: hacia un Proceso Civil convergente con Europa*, Atelier, 2022.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores», 17 febrero de 2023, accesible

en <https://almacenedderecho.org/algunas-claves-del-anteproyecto-de-ley-de-acciones-de-representacion-de-los-intereses-colectivos-de-los-consumidores>, consultada el 9.1.26.

LLOPIS NADAL, Patricia, «Las matizaciones del TJUE al régimen de costas en el proceso civil español y su posible incidencia en las acciones de representación para la protección de intereses colectivos», en SÁNCHEZ RUBIO, ANA (dir.), *Más allá de la Justicia: nuevos horizontes del Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

LÓPEZ GIL, Milagros, «Extensión de efectos de las sentencias en el orden contencioso administrativo: eficiencia, garantías y el horizonte de la Inteligencia Artificial», *Ius et Scientia: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, núm. 1, 2025.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, «Prospectiva de la tutela colectiva en España: entre el proceso testigo y la transposición de la Directiva 2020/1828», en BARONA VILAR, SILVIA (ed.), *Justicia poliédrica en periodo de mudanza: nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

MARTÍNEZ DEL TORO, Susana, «El procedimiento testigo y el juicio verbal. Sus modificaciones en el Real Decreto Ley 6/2023. Arts. 438 bis y 440 y ss. LEC», *Práctica de Tribunales*, núm. 166, 2024.

MORENO GARCÍA, Lucía, «El procedimiento testigo y la extensión de efectos en la jurisdicción civil. A propósito del Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre», en ALONSO SALGADO, CRISTINA/RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, ANA/VALIÑO CES, ALMUDENA (dirs.), *Nuevos debates acerca del sistema de justicia civil*, Dykinson, 2025.

NOYA FERREIRO, María Lourdes, «El pleito testigo: consideraciones iniciales sobre su regulación en el proceso civil», en ALONSO SALGADO, CRISTINA/RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, ANA/VALIÑO CES, ALMUDENA (dirs.), *Nuevos debates acerca del sistema de justicia civil*, Dykinson, 2025.

ORTELLS RAMOS, Manuel, «Proceso colectivo, procesos en serie y proceso testigo. Jueces y CGPJ ante los litigios civiles en masa», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 54, 2021.

PEREA GONZÁLEZ, Álvaro, «Hacer generalidad de la singularidad: pleito testigo y extensión de efectos ¿Una nueva tutela del conflicto privado?», *Diario La Ley*, núm. 9676, 2020.

PÉREZ MARÍN, María Ángeles, «La protección de los derechos de los consumidores a través del pleito testigo o la ilusión del legislador», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 60, 2023.

PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, «Acciones colectivas y acceso a la justicia», en MONTESINOS GARCÍA, ANA (dir.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la Justicia del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, 2020.

SCHUMANN BARRAGÁN, Guillermo, «El procedimiento testigo y la extensión de efectos de la sentencia», en BANACLOCHE PALAO, JULIO/GASCÓN INCHAUSTI, FERNANDO (dirs.), *Los procesos judiciales tras las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2023*, La Ley, Madrid, 2024.

6. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Referencia ECLI</i>
STJUE de 18 de marzo de 2010	C-317/08 a C-320/08	ECLI:EU:C:2010:146
STJUE de 14 de abril de 2016	C-381/14 y 385/14	ECLI:EU:C:2016:252
STJUE de 21 de diciembre de 2016	C-154/15, C-307/15 y C-308/15	ECLI:EU:C:2016:980
STJUE de 26 de enero de 2017	C-421/14	ECLI:EU:C:2017:60
STJUE de 14 de junio de 2017	C-75/16	ECLI:EU:C:2017:457
STJUE de 20 de septiembre de 2017	C-186/16	ECLI:EU:C:2017:703
STJUE de 3 de marzo de 2020	C-125/18	ECLI:EU:C:2020:138
STJUE de 16 de julio de 2020	C-224/19 y C-259/19	ECLI:EU:C:2020:578

Tribunal Constitucional

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia BOE</i>
STC -Sala Segunda- 218/1994, de 18 de julio	BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1994
STC -Sala Segunda- 169/2005, de 20 de junio	BOE núm. 173, de 21 de julio de 2005
STC -Sala Segunda- 148/2016, de 19 de septiembre	BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2016
STC -Pleno- 156/2021, de 15 de septiembre	BOE núm. 251, de 20 de octubre de 2021

Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia ECLI</i>
STS -Sala Tercera- de 1 de abril de 2009	ECLI:ES:TS:2009:1969
STS -Sala Tercera- de 29 de noviembre de 2009.	ECLI:ES:TS:2009:8274
STS -Sala Primera- 230/2010, de 20 de abril	ECLI:ES:TS:2010:1925
STS -Sala Primera- 375/2010, de 17 de junio	ECLI:ES:TS:2010:4216
STS -Sala Primera- 139/2015, de 25 de marzo	ECLI:ES:TS:2015:1280
STS -Sala Primera- 127/2017, de 24 de febrero	ECLI:ES:TS:2017:477
STS -Sala Primera- 478/2017, de 20 de julio	ECLI:ES:TS:2017:3035
ATS -Sala Tercera- de 7 de marzo de 2018	ECLI:ES:TS:2018:2924A
STS -Sala Tercera- 1489/2018, de 9 de octubre	ECLI:ES:TS:2018:3445
STS -Sala Primera- 74/2019, de 5 de febrero	ECLI:ES:TS:2019:342
STS -Sala Primera- de 17 de septiembre de 2020	ECLI:ES:TS:2020:472
ATS -Sala Primera- de 11 de julio de 2023	ECLI:ES:TS:2023:11023A

ATS -Sala Primera- de 15 de febrero de 2024	ECLI:ES:TS:2024:1575A
STS -Sala Cuarta- 724/2025, de 15 de julio	ECLI:ES:TS:2025:3741
STS -Sala Primera- 1590/2025, de 11 de noviembre	ECLI:ES:TS:2025:4876
STS -Sala Primera- 1591/2025, de 11 de noviembre	ECLI:ES:TS:2025:4838
STS -Sala Primera- 1943/2025, de 22 de diciembre	ECLI:ES:TS:2025:5877

Audiencia Nacional

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia ECLI</i>
SAN -Sala de lo Contencioso- 226/2016, de 20 de abril	ECLI:ES:AN:2016:1586

Audiencias Provinciales

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Referencia ECLI</i>
SAP Burgos 227/2017, de 20 de abril	ECLI:ES:APBU:2017:367
SAP Madrid 218/2017, de 28 de abril	ECLI:ES:APM:2017:7998
SAP Pontevedra 231/2017, de 18 de mayo	ECLI:ES:APPO:2017:992
SAP A Coruña 134/2017, de 30 de junio	ECLI:ES:APC:2017:1523
AAP de Lleida 200/2024, de 26 de julio	ECLI:ES:APL:2024:457A
AAP de Girona 4/2025, de 8 de enero	ECLI:ES:APGI:2025:16A
AAP de Girona 1013/2025, de 24 de marzo	ECLI:ES:APGI:2025:353A
AAP de Lleida 122/2025, de 5 de mayo	ECLI:ES:APL:2025:114A
AAP de Oviedo 97/2025, de 25 de junio	ECLI:ES:APOU:2025:530A
AAP de Ourense 227/2025, de 16 de julio	ECLI:ES:APO:2025:646A

Sebastián Rivero Silva
Universidad Europea Miguel de Cervantes

Sumario

-
Este artículo analiza la tensión estructural entre el discovery/disclosure de tradición common law y la soberanía procesal de los Estados de civil law en el contexto del RGPD. A partir de una reconstrucción comparada de los modelos probatorios de los países (sistemas legales) del civil law, y anglosajón, se examina cómo los tribunales estadounidenses y británicos proyectan órdenes de discovery y disclosure sobre pruebas situadas en Europa, tratando con frecuencia el Convenio de La Haya de 1970 y, en la UE, el Reglamento (UE) 2020/1783 como canales meramente opcionales. Frente a ello, se estudian las respuestas del Derecho de los países (de los sistemas legales) del civil law, mediante blocking statutes y derecho de protección de datos, tomando como referencia la Loi de blocage francesa, el caso Christopher X y la funcionalidad del RGPD —en particular su art. 48— como loi de blocage sectorial en asuntos como Kashef v BNP Paribas. Se sostiene que la compatibilidad es solo parcial y se proponen las bases de un “civil-law friendly discovery” fundado en comity, proporcionalidad y cooperación judicial.

Abstract

-
This article examines the structural tension between common law discovery/disclosure and the procedural sovereignty of civil law States in the post-GDPR landscape. Building on a comparative reconstruction of evidentiary models of civil law countries (legal systems) and common law systems, it analyses how U.S. and English courts project discovery and disclosure orders extraterritorially, often treating the 1970 Hague Evidence Convention and, within the EU, Regulation (EU) 2020/1783 as optional channels. The study then explores responses from the law of civil law countries (legal systems) through blocking statutes and data protection law, focusing on the French Loi de blocage, the Christopher X judgment and the emerging role of the GDPR—particularly Article 48—as a sectoral loi de blocage in cases such as Kashef v BNP Paribas. It argues that compatibility is only partial and context-dependent, and outlines the conditions for a “civil-law friendly discovery” grounded in comity, proportionality, court-to-court cooperation and the fundamental-rights architecture of EU law.

-
Palabras clave: Obtención transfronteriza de pruebas, Proceso civil internacional, Protección de datos, Convenio de La Haya de 1970, Leyes de bloqueo.

Keywords: Cross-border Evidence gathering, International civil procedure, Data protection, 1970 Hague Evidence Convention Blocking statutes

-
DOI: 10.31009/InDret.2026.i2.14

2.2026

Recepción

20/12/2025

-

Aceptación

18/03/2026

-

Índice

-

1. Introduction and research problem

2. Comparative models of evidentiary management

2.1. The continental European (civil law) model

a. Quasi-inquisitorial judicial control

b. The continental law of evidence and means of proof

2.2. Comparative models of evidentiary management a. The United States discovery model

b. The English disclosure model

c. Evidentiary management in common law systems

3. Discovery and disclosure orders in civil law jurisdictions: blocking statutes

4. Discussion and conclusions

4.1. The compatibility between discovery/disclosure and civil law procedural sovereignty

4.2. Towards “civil-law friendly discovery”? Normative implications for international cooperation

5. References

5.1. Literature

5.2. Caselaw

-

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

1. Introduction and research problem

A strand of the literature¹ has long suggested that the system of letters rogatory (in Spanish, *comisión rogatoria*) rests, in general terms, on comity and reciprocity between courts and tribunals of different States, aimed at facilitating the performance of their adjudicatory functions. State practice regarding the treatment of foreign rogatory letters has been considerably developed, in particular through (a) the Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters, (b) the Inter-American Convention on Letters Rogatory, and, within the European Union, (c) Regulation (EU) 2020/1783 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters.

Building on this, Buxbaum² argues that, beyond mere courtesy, there operates a principle of territoriality. A concept that could be understood as a sort of “procedural sovereignty”. By virtue of this principle, States retain control over the taking of evidence on their own territory. Put differently, States are not permitted to unilaterally take or obtain evidence abroad on their own account and at their own risk. Dodge³ maintains that this historic friction between States and the conduct of procedural activity abroad has been addressed—at least in part—by the aforementioned instruments of international cooperation. In doctrinal terms⁴, these treaties are best understood as international agreements that organise the taking of evidence abroad in a manner that respects the legal orders concerned and channels requests through the local courts. This design seeks to prevent infringements of the procedural sovereignty of the States involved.

The central tension arises from the concept and mechanisms of access to evidence in the two major legal traditions, common law and civil law. In continental Europe, Chiovenda⁵ conceptualised evidence as a procedural mechanism fully administered by the judge—not by the parties—and as a cornerstone of the inquisitorial role of the continental judge, whose task is to ascertain the truth rather than simply to decide which party argues its case more effectively. As a result, the common law notions of discovery and disclosure are largely unknown in continental Europe⁶. Under these procedural devices, characteristic of the common law tradition, lawyers may compel one another to disclose documents before trial in a pre-trial phase, with the judge playing essentially a supervisory or testimonial role.

The traditional reluctance of continental European systems to depart from judicial control of evidence-taking and the primacy of the *lex fori* stands in tension with the practical advantages of

¹PENGELLEY, «A compelling situation: Enforcing American letters rogatory in Ontario», *Canadian Bar Review*, vol. 31, n.º 2, 2006, pp. 346 - 348.

²BUXBAUM, «Territory, territoriality, and the resolution of jurisdictional conflict», *American Journal of Comparative Law*, vol. 51, 2003, pp. 671–672.

³DODGE, «International Comity in the Fourth Restatement of Foreign Relations Law», in STEPHAN/CLEVELAND (eds.), *The Restatement and Beyond: The Past, Present, and Future of U.S. Foreign Relations Law*, Oxford University Press, 2020, pp. 2-3 y 8.

⁴OXMAN, «The Choice Between Direct Discovery and Other Means of Obtaining Evidence Abroad: The Impact of the Hague Evidence Convention», *University of Miami Law Review*, vol. 37, n.º 4, 1983, pp. 733 ss.

⁵CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3.^a ed., 1928.

⁶HAZARD, «Discovery and the role of the judge in civil law jurisdictions», *Notre Dame Law Review*, vol. 73, 1998, pp. 1017–1028.

common law discovery and disclosure in facilitating evidentiary exchange and pre-trial settlement⁷. This friction becomes particularly acute in cross-border disputes involving electronically stored documents, information and personal data, where international soft-law and practice-oriented frameworks emphasise comity, proportionality and the need to accommodate data-protection constraints.⁸

In practice, common law courts have routinely entertained applications that, in effect, require parties located in continental Europe to identify, collect and produce documents and data for proceedings in the common law forum. In the United States, this occurs primarily through ordinary domestic discovery under the Federal Rules of Civil Procedure, and in England and Wales through disclosure under the Civil Procedure Rules. Alongside these domestic mechanisms, both systems also provide distinct routes to assist foreign proceedings—most notably 28 U.S.C. § 1782 in the United States and the Evidence (Proceedings in Other Jurisdictions) Act 1975 in the United Kingdom—through which evidence located domestically may be obtained for use abroad⁹. This places the affected party in the dilemma of either (a) breaching its own domestic law, which will often restrict the large-scale disclosure of confidential data, or (b) disobeying the foreign court order and incurring disciplinary liability or severe procedural consequences in the common law proceedings¹⁰. In practice, common law courts tend to treat recourse to the international mechanisms of the Organisation of American States (OAS) or the Hague Conference on Private International Law (HCCH) as optional¹¹, given that they have at their disposal domestic tools such as discovery and disclosure and the power to compel the European party to comply.

Against this background, the present article analyses the management and concept of evidence in comparative procedural law and, in light of that comparative analysis, addresses the following research question: To what extent is the use of discovery and disclosure orders issued by common law courts compatible with the principle of procedural sovereignty of civil law States and with the instruments of international judicial cooperation? The following sections first reconstruct the structural differences between civil law and common law models of evidence, and then examine how those differences play out when common law discovery or disclosure is projected onto continental European territory.

2. Comparative models of evidentiary management

2.1. The continental European (civil law) model

a. *Quasi-inquisitorial judicial control*

⁷CHASE, «American “Exceptionalism” and Comparative Procedure», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50, n° 2, 2002, pp. 277 ss.

⁸THE SEDONA CONFERENCE, «The Sedona Conference practical in-house approaches for cross-discovery and data protection», *The Sedona Conference Journal*, vol. 17, 2016, pp. 403 - 409.

⁹CURRAN, «U.S. Discovery in a Transnational and Digital Age and the Increasing Need for Comparative Analysis», *Akron Law Review*, vol. 51, n° 3, 2017, pp. 857 ss.

¹⁰REYES, «The U.S. discovery–EU privacy directive conflict: Constructing a three-tiered compliance strategy», *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 19, n.º 2, 2009, p. 357 ss.

¹¹CAYLOR, «Modernizing the Hague Evidence Convention: A proposed solution to cross-border discovery conflicts during civil and commercial litigation», *Boston University International Law Journal*, vol. 28, 2010, pp. 345–392.

Langbein¹², in his classic study of German civil procedure—a paradigmatic civil law system—notes that the evidentiary regime is not based on common law-style discovery or disclosure, but is instead embedded in the trial itself, which comprises several hearings rather than a single trial event. Within this structure, the judge may, *ex officio*, pose questions to witnesses or request that the parties produce particular evidence if this is considered necessary to ascertain the truth. This logic is reflected today, for instance, in Spanish law, where the *Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)* structures ordinary proceedings into a written pleading phase, followed by a preliminary hearing and a trial (arts. 414–436). It is at the preliminary hearing that the judge addresses procedural issues and decides on the admissibility of the evidence proposed by the parties, which is then taken at the trial hearing. In a similar vein, the *Codi de procediment civil d'Andorra (CPC)* provides, for ordinary proceedings, a written phase (claim and defence), an *audiència prèvia* and an oral *judici*, expressly following this two-hearing scheme (arts. 240–244).

The comment of Rule 100 of *ALI/UNIDROIT Principles of European Civil Procedure* capture this approach, aligning with the aforementioned observation that, in the civil law tradition, the expansive American concept of discovery does not exist. Instead, the court rather than the parties holds primary authority over the gathering of facts, with Germany as a doctrinal example¹³. This structure is consistent with arts. 281–283 of the Spanish *LEC* and arts. 9–11 of the French *Code de procédure civile*, which place the burden of proof on the parties but grant the judge powers to order legally admissible investigative measures and to require documents from parties and third parties. Nevertheless, it should be pointed out that some civil law scholars, like Ureña Carazo¹⁴, criticize the use of *ex officio* judicial investigative powers in specific scenarios—such as the mere incompetence of counsel—insofar as it could undermine the principle of judicial impartiality

Contrary to the common law model, therefore, it falls to the European judge to “dig out the truth” through the management of the evidence proposed by the parties in the claim and defence respectively. Merryman¹⁵ emphasise that the civil law system is predominantly written, and that the public hearing is fragmented into several strictly regulated hearings. Nylund¹⁶ suggests that, with the increasing centrality of the “main hearing”, the modern European model is generally structured into (a) a preliminary pleadings phase (exchange of the claim and defense, together with the announcement of the evidence each party intends to request), followed by (b) a preliminary hearing, in which the parties raise relevant procedural issues and propose evidence—subject to the judge’s acceptance¹⁷—and (c) the trial hearing, where the evidence is actually

¹²LANGBEIN, «The German advantage in civil procedure», *University of Chicago Law Review*, vol. 52, n° 4, 1985, pp. 823–866.

¹³MAXEINER, «Law-Made in Germany: Global Competitiveness of Civil Law Justice», *University of Baltimore Scholarwork*, 2012, pp. 1 – 9.

¹⁴UREÑA CARAZO, «La prueba de oficio en el proceso civil español. (El deber judicial de completitud de la prueba del artículo 429.1 LEC)», *Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. n° 3, 2014, pp. 3–41.

¹⁵MERRYMAN, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 3.^a ed., 2007.

¹⁶NYLUND, «The structure of civil proceedings-convergence through the main hearing model», *Civil Procedure Review*, vol. 9, n° 2, 2018, pp. 13–28.

¹⁷It is worth noting that we can cite the Spanish Constitutional Court (STC 165/2001, 16.7.2001), which makes clear that the decision-making power regarding the relevance of any evidence proffered by the parties rests entirely within the judge’s discretion.

taken, for example through witness examinations and expert testimony. This schema corresponds, in Spain, to the preliminary hearing regulated in arts. 414 et seq., of the Spanish *LEC* and, in Andorra, to arts. 130–171 and 240–244 of the *CPC*. Judicial control of legality is present throughout the whole procedure, and the oral “main hearing” concludes with counsels’ closing submissions—delivered in the presence of the judge—after the admitted evidence has been taken.

In this respect, the Council of Europe’s Recommendation No. R (84) 5 on the principles of civil procedure, already advocated that the number of hearings should not exceed two (a preliminary hearing and a hearing for the taking of evidence and the trial itself). This recommendation remains a reasonably accurate reflection of the prevailing European approach. As Jolowicz¹⁸ clarifies, there is a fundamental distinction in continental systems between the source of the factual material and the control of the proceedings. The parties retain the primary burden of assertion (they must plead the facts), but the judge is not their prisoner; rather, the court maintains a managerial role, controlling the sequence of the evidence and possessing the power to order the clarification of obscure points or summon witnesses beyond those initially nominated by the parties. The judge may order additional evidence beyond that requested by the parties, refuse evidence requested by them and, more generally, manages the organisation and sequence of the evidence. The judge may order, *ex officio*, legally admissible investigative measures.

In the same vein, Zambrano¹⁹ succinctly observes that “in civil law countries, there is no broad exchange of documents or disclosures and the process is wholly supervised by a judge”.²⁰ Thus, parties cannot compel one another to exchange documents prior to trial: document production in Spain, France and Andorra, for example, requires express judicial authorisation for each document to be produced or each piece of evidence to be taken, case by case. Without prejudging the desirability of this model, Zambrano points out the obvious: it constitutes a constraint for the parties, who depend on the court’s acceptance of their evidence at a first hearing that may take place months after proceedings are initiated. This can clearly hinder procedural agility and delay the administration of justice. In a similar sense, Suk²¹ argues that the absence of discovery in European civil procedure, as in the French civil process, may make certain types of claims inherently more difficult to litigate, such as discrimination claims in the employment context, where the relevant evidence is typically in the hands of the employer and documentary access depends on judicial decisions on investigative measures.

At the intra-EU level, Regulation (EU) 2020/1783 may broadly be described as establishing a predominantly “court-to-court” system of cross-border evidence-taking. It provides, in essence, for (a) an indirect route, whereby a court in one Member State requests a court in another Member State to take evidence on its behalf; (b) a direct route, whereby a court may, subject to

¹⁸JOLOWICZ, «Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, n° 2, 2003, pp. 281 ss.

¹⁹ZAMBRANO, «Discovery as regulation», *Michigan Law Review*, vol. 119, 2020, p. 81.

²⁰Notably, in accordance with the French Court of Cassation (Cour de cassation, Civ. 2e, 7.1.1999, n° 97-10.831), not even a court order could ‘replicate’ a massive discovery exercise, since the judge, when admitting proffered evidence, must rely on the criteria of relevance and necessity.

²¹SUK, «Procedural path dependence: Discrimination and the civil-criminal divide», *Washington University Law Review*, vol. 85, n° 5, 2007, pp. 1315–1375.

prior authorisation by the requested State, take evidence located in another Member State; and (c) residual channels involving diplomatic or consular agents under the conditions set by the Regulation and national law. The overall architecture is designed to structure cross-border evidence-taking through institutional cooperation, thereby reducing the risk that evidentiary activity abroad is perceived as a unilateral intrusion into the requested State's procedural sphere. In this context, some legal scholars²² link this approach to the CJEU rulings in Lippens (C-170/11)²³ and ProRail (C-332/11)²⁴. Although based on the superseded 2001 Evidence Regulation, these decisions remain highly relevant. They confirm that the Regulation is not the exclusive route for taking evidence across the EU. Rather, Member States can rely on alternative EU instruments like the Brussels I recast Regulation, or simply apply their own domestic procedural rules, which EU law does not preempt.

Biavati²⁵, analysing the Italian case, highlights that civil law systems curtail the powers of the parties: they cannot conduct witness examinations in their offices, nor can they, in general, require anything from the other party or from third parties without express judicial intervention. In any event, Ormazábal Sánchez²⁶ notes that parties still have lawful means of investigation at their disposal, such as public registries. Furthermore, they can rely on certain civil law instruments that add nuance to the perception of the system as strictly 'quasi-inquisitorial.' Prime examples include the preservation of evidence (arts. 297 and 298 of the Spanish LEC), and preliminary proceedings (arts. 256 and 263 of the Spanish LEC). This identical pre-trial logic is found in arts 64 et seq. of the Andorran CPC, which expressly regulate "diligències preliminars" and "mesures d'assegurament de la prova" as mechanisms to investigate and secure evidentiary material prior to the main trial.

Beyond these 'pre-trial' tools,— the same court order that compels one party to produce a document for the other may likewise compel a third party to appear as a witness. In this context, interrogatories and documentary reviews are analysed and incorporated into the court file during the various hearings, after being obtained from the court²⁷. If a party wishes to obtain a document, it requests it from the judge and, if the judge considers the request appropriate, the judge orders the other party to produce it; that party produces it to the judge, who then makes it available to the requesting party. In Spain, this logic is reflected in the fact that all evidentiary activity is, in principle, conducted in formal procedural acts—preliminary hearing and trial—under the direction of the court (arts. 414 et seq., 431 et seq. LEC) and that even the examination of parties and witnesses is closely regulated and cannot be "externalised".

²²SANTALÓ GORIS, «From the 2001 Evidence Regulation to its 2020 Recast: What does it remain and has it changed?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 17, 2025, p. 672.

²³Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens and Others v Hendrikus Cornelis Kortekaas and Others, C-170/11, EU:C:2012:540.

²⁴ProRail BV v Xpedys NV and Others, C-332/11, EU:C:2013:87.

²⁵BIAVATI, «Oral and written evidence in Italian civil procedure law», en *Orality and Writing in an Efficient Civil Process*, *Universitat de València*, 2008.

²⁶ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, «La investigación en el proceso civil: hacia una nueva ordenación de los mecanismos de averiguación de hechos y de obtención de fuentes de prueba.» *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, vol. 1, 2020, 258-333.

²⁷SUBRIN, «Discovery in global perspective: Are we nuts?», *DePaul Law Review*, vol. 52, nº 2, 2002, pp. 299–328.

In the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR), the decisions in *Dombo Beheer B.V. v. Netherlands*²⁸ and *Nideröst-Huber v. Switzerland*²⁹ are particularly significant. On their basis, the concept of intra-procedural evidence in Europe—distinct from common law discovery—has been consolidated, governed by (a) the principle of equality of arms, in that all parties may propose evidence which the court may admit or refuse according to its pertinence, and (b) the principle of adversarial proceedings, under which each party may challenge both the admission and the probative value of evidence presented by the other side. Both principles are presented as core elements of classical European procedural law and are reflected in the ECtHR's own Guide on Article 6 (civil limb). That said, as Grossi³⁰ explains regarding the Italian context, the judge's evidentiary powers remain limited by the strict adherence to the *principio dispositivo* (party presentation). Therefore, "inquisitorial powers" are exceptional and are not intended to be exercised as a matter of routine to cure the parties' inactivity. In the author's experience, they are generally invoked in Spain only where the judge suspects that a party is concealing relevant information, thus verging on what is known as "procedural fraud" (*estafa procesal*).

b. The continental law of evidence and means of proof

Beyond these structural features, even the very notion of what counts as admissible evidence differs across the two systems. In continental law, the strict dual system developed by Carnelutti³¹ prevails, distinguishing between (a) the source of evidence (objective facts that have occurred outside the proceedings) and (b) the means of evidence (the procedural form through which that source is presented to the judge so that it can be taken into account). Contemporary doctrine has refined this distinction. Clermont and Sherwin³² argue that the civil law tradition treats fact-finding with a distinct epistemological rigor, implying that the judge evaluates evidence through a structured framework rather than as a mere probability exercise. Along similar lines, Stürner³³ stresses that decisions on admissibility are governed by "strict relevancy requirements" and the obligation to proffer "exactly specified means of evidence", thus filtering the material on levels of: (a) necessity (avoiding "excessively broad discovery") and (b) suitability to verify the factual allegation, preventing the waste of judicial resources. In contrast to the foregoing, Lluich³⁴ notes that while the common law tradition shares foundational standards of proof—such as "beyond a reasonable doubt"—civil law systems grant judges relative freedom to weigh evidence based on sound judicial discretion. In my view, this inevitably creates divergences among civil law jurisdictions, thereby adding nuance to the narrative of a "unitary" international civil law evidentiary framework.

²⁸Dombo Beheer B.V. v. the Netherlands, no. 14448/88, Judgment of 27 October 1993, ECHR 1993-VIII.

²⁹Nideröst-Huber v. Switzerland, no. 18990/91, Judgment of 18 February 1997, ECHR 1997-I.

³⁰GROSSI, «A Comparative Analysis Between Italian Civil Proceedings and American Civil Proceedings Before Federal Courts», *Indiana International & Comparative Law Review*, vol. 20, n° 2, 2010, pp. 213 ss.

³¹CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. 2, 1947.

³²CLERMONT/SHERWIN, «A Comparative View of Standards of Proofs», *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, 2002, pp. 243 ss.

³³STÜRNER, «The Principles of Transnational Civil Procedure: An Introduction to their basic Conceptions», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 69, 2005, pp. 233–236.

³⁴LLUICH, «La dosis de prueba: entre el "common law" y el "civil law"» *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 35, 2012, 173–200.

As comparative scholars³⁵ identify, the Civil Law tradition typically operates with a preferred, yet non exhaustive set of evidentiary means. They outline a classic core—witnesses, documents, experts, judicial inspection, and the examination of parties—as the distinct categories customarily admissible in continental proceedings, contrasting this structured approach with the broader, undifferentiated admissibility of the common law. This taxonomy is reproduced almost verbatim in art. 299 of the Spanish *LEC* which enumerates – in a non numerus clausus way – the means of proof in Spanish civil proceedings (examination of the parties, documentary evidence, expert evidence, judicial inspection, witness evidence and other means provided by law), as well as in the Andorran *CPC* chapters on “*mitjans de prova i pràctica de la prova*”, which contain a very similar catalogue. In other words, nothing that does not fit one of these recognised means of evidence will even be considered as evidence in European civil proceedings, unless it can be subsumed under one of these classic categories or under an open clause such as “other lawful means” where such a clause exists. As scholarship has reiterated³⁶, the rule is a typified list of evidentiary means, over which *ex ante* admissibility control is exercised on the basis of relevance and necessity.

In this context, it is useful to recall Cases C-415/10 *Meister v. Speech Design Carrier Systems GmbH*³⁷ and C-104/10 *Kelly v. National University of Ireland, Dublin*³⁸ before the Court of Justice of the European Union (CJEU). These precedents reject the idea of “massive” discovery even when ordered by a court. In *Meister*, the CJEU held that EU anti-discrimination law does not confer on an unsuccessful job applicant an autonomous right of access to all information relating to the recruitment process (for instance, the complete files of other candidates), although the employer’s total refusal to provide any information may be taken into account as an element of proof. In *Kelly*, the Court maintained the same logic: an applicant for vocational training alleging discrimination may benefit from a reversal or easing of the burden of proof and from the use of *prima facie* evidence, but not from a general right to obtain full, non-anonymised copies of other candidates’ applications. In both decisions, the CJEU refers the matter back to the national court for a case-by-case assessment of relevance and proportionality. The overall message is clear: even in sensitive areas such as discrimination, the EU legal order does not embrace common law-style broad discovery, but retains a judge-led, limited and proportional approach to evidence.

Nevertheless, some civil law scholars³⁹ have noted a recent shift. Jurisdictions are moving toward frameworks that offer much broader access to evidentiary sources, even if these remain distinct from Anglo-American discovery. EU law is driving this transition, most notably through: (a) Directive 2004/48/EC of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights; (b) Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014; and (c) Directive (EU) 2020/1828 of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers. In this same vein, viewing European law as a “unifying”

³⁵CHASE et al., «An Introduction and Overview», n CHASE/HERSHKOFF (eds.), *Civil Litigation in Comparative Context*, *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, 2017, pp. 17 - 37-

³⁶DAMASKA, «Free Proof and its Detractors», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 43, 1995, p. 348.

³⁷*Meister v. Speech Design Carrier Systems GmbH*, C-415/10, EU:C:2012:217

³⁸*Kelly v. National University of Ireland, Dublin*, C-104/10, EU:C:2011:506 (2011).

³⁹DE LUCCHI, «Eficiencia en el acceso a la información y fuentes de prueba en el proceso civil: tibias líneas convergentes EEUU/Europa» *Revista Ítalo-española de Derecho procesal*, vol. 1, 2023, pp. 23-52.

or “moderating” force upon the traditional civil law perspective, other scholars⁴⁰ posit that one of the objectives of the *European Rules of Civil Procedure* has been to devise a framework for a kind of “European-way discovery”—one that remains respectful of the European legal tradition while circumventing the issues inherent in the Anglo-American model.

2.2. Comparative models of evidentiary management

a. *The United States Discovery model*

In sharp contrast to the quasi-inquisitorial European model, Anglo-American civil procedure is built on an adversarial system in which the initiative regarding evidence lies primarily with the parties, and the judge plays a more passive role, at least as regards the identification and initial request for evidence.⁴¹ Unlike in the civil law model, parties need not announce all their evidence *ex ante* and request the judge to force the other party to produce it. Rather, the identification and gathering of material is channelled through pre-trial discovery (in the United States) or disclosure (in England and Wales).

The classical literature on the adversary system emphasises this division of roles. Landsman⁴² portrays Anglo-American civil litigation as a contest between parties who investigate, select and compel one another to exchange evidence. Sward (1989) links the development of this adversarial model to an ideological preference for party autonomy, thereby restricting the role of the judge as “investigator” or “truth-seeker”. In the United States, under Rule 26(f) of the *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP), the parties must hold a discovery conference in which, after a “reasonable inquiry”, they discuss which information and documents they will exchange and how they will organise discovery. The result is set out in a joint discovery plan submitted to the court, which forms the basis for the scheduling order issued under Rule 16(b) FRCP. This early pre-trial phase is also subject to the proportionality principle in Rule 26(b)(1), which requires consideration of the importance of the issues in the action, the amount in controversy, the parties’ relative access to relevant information and their resources, so that only information that is reasonable and not excessively costly to obtain is requested.⁴³

Although many discovery activities take place outside the physical presence of the judge, they are not truly “extra-judicial”. They are framed and temporally limited by the Rule 16 scheduling order, which gives the judge a supervisory role in addressing some of the structural problems of the adversarial model suggested by Shapiro⁴⁴: (a) abusive or disproportionate discovery requests and (b) lack of cooperation or unjustified resistance by the responding party. Federal case law has fleshed out this “governed” dimension of discovery. In *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495⁴⁵, the

⁴⁰GASCÓN INCHAUSTI, «Las European Rules of Civil Procedure:¿ Un punto de partida para la armonización del proceso civil?» *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, 2021, pp. 277-297.

⁴¹MCKENNA/WIGGINS, «Empirical research on civil discovery», *Boston College Law Review*, vol. 39, 1998, pp. 785–828.

⁴²LANDSMAN, *The Adversary System*, 1984, pp. 4-5.

⁴³GRIMM, «The state of discovery practice in civil cases: Must the rules be changed to reduce costs and burdens, or can significant improvements be achieved within the existing rules?», *The Sedona Conference Journal*, vol. 12, 2011, pp. 47–67

⁴⁴SHAPIRO, «Some Problems of Discovery in an Adversary System», *Minnesota Law Review*, vol. 63, 1979, pp. 1055 ss.

⁴⁵*Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947).

Supreme Court, in a case arising from the sinking of a tugboat on the Delaware River, established the famous “work product doctrine” and made clear that, although broad, discovery does not entitle one party to appropriate the intellectual work of opposing counsel, thereby setting qualitative limits on what may be demanded at the pre-trial stage. In *Seattle Times Co. v. Rhinehart*⁴⁶, the Court upheld the constitutionality of a protective order prohibiting a newspaper from publicly disseminating information obtained in discovery in a defamation suit. The Court reasoned that discovery is a formal mechanism internal to the process and subject to the judge’s regulatory discretion, not a general channel for public access to information.

These precedents show that the U.S. adversarial model combines extraordinarily broad access to information with traditional judicial controls⁴⁷ designed to prevent abuse, disproportionate costs and collateral effects on privacy or freedom of expression. In this context, the judge may grant protective orders under Rule 26(c) FRCP where a discovery request is excessive or unduly compromises confidentiality⁴⁸, and may also issue orders compelling discovery—granting a motion to compel under Rule 37(a) FRCP—. As Willoughby, Jones & Antine⁴⁹ details, non-compliance with such orders triggers the sanctions regime in Rule 37(b)–(d), which encompasses a range of measures: from costs and attorney’s fees to evidentiary and substantive sanctions such as deeming certain facts established against the infringer.

The severity of these consequences in the ordinary operation of discovery has been endorsed by the Supreme Court. In *National Hockey League v. Metropolitan Hockey Club, Inc.*⁵⁰ the Court upheld the dismissal of a claim as a sanction for repeated and wilful non-compliance with discovery orders issued by the district court. It emphasised that the harshest sanctions are sometimes necessary “to deter those who might be tempted to such conduct in the absence of such a deterrent”. This line of case law reinforces the idea that the Anglo-American evidentiary model is at once extremely broad in access to information and strongly disciplined through judicial case management and sanctions.

From the standpoint of civil law States, this combination of breadth and coercive power acquires particular significance when U.S. courts use discovery to reach documents and data located in Europe. It is precisely in that setting that questions of compatibility with procedural sovereignty and with instruments such as the Hague Evidence Convention and the GDPR become most acute.

b. The English Disclosure model

In the English model, the phase equivalent to U.S. discovery is known as disclosure and is framed by the *Civil Procedure Rules* 1998 (CPR), developed through Practice Directions (PD) and Pre-Action Protocols (PAPs) approved by the Master of the Rolls under the *Civil Procedure Act* 1997. Even before the claim form is issued, the *Practice Direction – Pre-Action Conduct and Protocols*

⁴⁶*Seattle Times Co. v. Rhinehart*, 467 U.S. 20 (1984).

⁴⁷SCHWARZER, «Managing civil litigation: The trial judge’s role», *Judicature*, vol. 61, n° 8, 1978, pp. 400–410.

⁴⁸BENHAM, «Proportionality, Pretrial Confidentiality, and Discovery Sharing», *Washington and Lee Law Review*, 2014, vol. 71, n.º. 4, pp. 2181 - 2193

⁴⁹WILLOUGHBY Jr./JONES/ANTINE, «Sanctions for E-Discovery Violations: By the Numbers», *Duke Law Journal*, vol. 60, 2010, pp. 790–861.

⁵⁰*National Hockey League v. Metropolitan Hockey Club, Inc.*, 427 U.S. 639 (1976).

(PDPAC) and sector-specific PAPs impose a pre-action phase: the parties must exchange a letter of claim (or letter before action) and a letter of response, together with key documents, and set out their positions in sufficient detail to understand the claim, assess the defence and explore settlement or ADR mechanisms. Non-compliance does not preclude bringing a claim, but may result in costs sanctions for the non-cooperative party. As Sime⁵¹ suggests, the underlying principle of the Civil Procedure Rules is that parties must provide early notice of the material documentation in their control, thereby characterizing disclosure as a reciprocal exchange of relevant information designed to prevent surprises.

From a broader perspective, Andrews⁵² characterises the CPR as a sort of new procedural code intended to make proceedings faster, more economical and judge-managed, with disclosure as one of the central points of control. Once the claim form has been issued and the statements of case served (CPR Part 16, PD 16), the case is allocated to a track under CPR Part 26 (small claims, fast track, intermediate track, multi-track). In multi-track cases, the court will typically list a Case Management Conference (CMC) pursuant to CPR Part 29 and PD 29: a procedural hearing at which the judge, exercising the case management powers under CPR Part 3, identifies the issues, decides whether there will be disclosure and of what type (for instance, standard disclosure under CPR 31.5), and sets a timetable for disclosure and inspection of documents, factual witness evidence and expert evidence. From the perspective of the Business and Property Courts, the Disclosure Pilot (now PD 57AD) is expressly aimed at curbing excessive disclosure and associated costs through issue-based and judge-led disclosure models.

From the Case Management Order issued at the CMC flows the formal obligation of disclosure: each party must carry out a reasonable search, serve a list of documents and a disclosure statement, and the opposing party acquires a right of inspection under CPR 31.3 over the disclosed documents, subject to the classic exceptions of (i) lack of control, (ii) privilege or other right/duty to withhold inspection, and (iii) disproportionality (CPR 31.3(2)). Inspection is usually by copies or by making the documents available at the solicitor's office, without direct court involvement, and only where there is controversy—e.g. as to whether the search has been sufficient or whether privilege properly applies—does a party resort to an application for specific disclosure under CPR 31.12, enabling the judge to make further orders or even *unless orders*.

In *West London Pipeline and Storage Ltd v. Total UK Ltd*⁵³, arising from the Buncefield oil depot explosion, Beatson J took the opportunity, in the context of a dispute over litigation privilege, to “summarise the law relating to challenges to claims for privilege” and set out a structured approach to resolving privilege challenges in the disclosure context. The burden of proving privilege lies with the party asserting it, and the court may examine descriptions of documents and, where necessary, conduct a limited review of the material to decide whether it should enter the disclosure process. From a costs and proportionality perspective, the Technology and Construction Court has emphasised that disclosure is one of the principal drivers of expense. In *CIP Properties (AIPT) Ltd v. Galliford Try Infrastructure Ltd*⁵⁴, Coulson J reduced the claimant's costs budget by more than 50% as “not reasonable, proportionate or reliable”. He stressed that

⁵¹SIME, A Practical Approach to Civil Procedure, 25.^a ed., 2022.

⁵²ANDREWS, English civil procedure: Fundamentals of the Civil Justice System, 2003.

⁵³*West London Pipeline and Storage Ltd v. Total UK Ltd* [2008] EWHC 1729 (Comm).

⁵⁴*CIP Properties (AIPT) Ltd v. Galliford Try Infrastructure Ltd* [2015] EWHC 481 (TCC).

disclosure costs must be strictly aligned with the overriding objective, a standard reinforced by the TCC Guide⁵⁵ which explicitly warns that the court will not sanction search and production exercises that are grossly out of proportion to the true evidentiary needs and value of the case.

In complex commercial litigation before the Business and Property Courts, PD 57AD – *Disclosure in the Business and Property Courts* now largely displaces CPR 31. It introduces, first, a limited regime of Initial Disclosure and, where necessary, Extended Disclosure built around defined Issues for Disclosure and a range of disclosure models. The choice and scope of these models are negotiated in a Disclosure Review Document (DRD) and fixed in a Disclosure Order at a dedicated disclosure CMC. Compared to the old standard disclosure, this regime represents what the commentary describes as a genuine cultural shift. Therefore, Judicial case management, including robust control of disclosure, is presented as the key tool for containing costs and preventing litigation from spiralling out of control.

Zuckerman⁵⁶ emphasises that the system have shifted onto judges the responsibility for how judges “do justice” through the selection of procedures and the control of resources, which in practice translates into judge-led, tailored disclosure. Jackson⁵⁷ likewise stresses that any serious debate on access to justice must involve rationalising pre-trial costs and, in particular, disclosure, which absorbs a substantial share of the parties’ litigation expenditure. Finally, authors such as Carles⁵⁸ have shown how this proportionate, judge-led disclosure regime is specifically designed to avoid the *fishing expeditions* characteristic of U.S.-style discovery and now constitutes one of the main points of contrast between the English evidentiary model and continental civil law.

From the perspective of civil law States, the apparent moderation and proportionality of English disclosure does not eliminate the structural concern: even a judge-led and ostensibly proportionate disclosure exercise may still require the production of large volumes of sensitive documents located in Europe, thereby raising questions about compatibility with domestic procedural law, competition law and, increasingly, data protection law and trade secrets.

c. Evidentiary management in common law systems

In the common law systems of the United States and the United Kingdom, there is no *numerus clausus* of evidentiary means in the civil law sense. The logic is not based on a closed list, but on a functional criterion: any relevant evidence is, in principle, admissible. In the United States, this is expressed clearly in the Federal Rules of Evidence: Rule 401 defines relevance and Rule 402 creates a presumption of admissibility. This reflects the “liberal thrust” of the system famously confirmed by the Supreme Court in *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*⁵⁹, which held that the Rules effectively abolished the rigid previous categorical exclusions of the common law.

⁵⁵HM COURTS & TRIBUNALS SERVICE, *The Technology and Construction Court Guide*, 3.^a ed, 2022.

⁵⁶ZUCKERMAN, «Civil Litigation: A Public Service for the Enforcement of Rights», *Civil Justice Quarterly*, vol. 26, 2007, pp. 1 ss.

⁵⁷JACKSON, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, 2010.

⁵⁸CARLES, «La disclosure: aspectos a aprender en España de la experiencia inglesa», *InDret*, nº 1, 2023, p. 343.

⁵⁹*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), sección II.A;

As the Advisory Committee Notes for the Rules of Evidence⁶⁰ explicitly state, unless a specific rule operates to exclude it, all relevant evidence is admissible, treating this as a presupposition of any rational system

In practice, this allows the introduction of factual and expert testimony, documents, real evidence (physical objects), demonstrative evidence such as charts, videos and reconstructions, and all forms of electronic or digital evidence. Such material is admissible provided that it can be authenticated and survives filters such as the hearsay rule and Rule 403 on unfair prejudice and confusion. The U.S. Supreme Court has repeatedly emphasised that even relevant evidence may be excluded if its probative value is substantially outweighed by the risk of unfair prejudice. In *Old Chief v. United States*⁶¹, the Court summarised Rule 403 in precisely those terms, illustrating that the system is open as to the forms of evidence but filtered through specific exclusionary rules.

In England and Wales, although the terminology differs, the logic is similar. Evidence is articulated through witness statements and oral evidence at trial (CPR Part 32), expert evidence (CPR Part 35) and documentary evidence obtained through disclosure (CPR Part 31; PD 57AD), but there is no closed, civil law-style list of “means of proof” such as Cernelutti’s. Any material that can be presented through these procedural forms and is relevant and lawful may serve as evidence (including videos, recordings and electronic data). This is, English law organises evidence by procedural form (documents, written statements, expert reports) rather than by a typified list of means of proof.

As Briggs⁶² observes, the complexity of modern fact-finding has increased dramatically, requiring the system to handle a diversity of material that ranges from traditional documents to vast amounts of complex electronic records. This openness is illustrated by cases such as *Hoyle v. Rogers & Anor*⁶³ where the Court of Appeal held that a technical report by the Air Accidents Investigation Branch (AAIB) could be used in civil proceedings. The Court stated that “factual statements in the report, even if hearsay, are *prima facie* admissible; expert opinions are admissible if given by persons with relevant expertise”, confirming that the system admits both factual and expert material contained in complex documents, leaving their true weight to be assessed in the evaluation stage rather than excluding them automatically because they do or do not fit a predetermined “means of proof”.

To this must be added the full integration of electronic evidence (including blockchain-based records) into the civil sphere, as recent doctrine has underscored⁶⁴. From a civil law perspective, this openness in common law evidentiary regimes accentuates the contrast with typified continental systems and further complicates the task of accommodating common law discovery and disclosure demands within the constraints imposed by procedural sovereignty, data protection and other fundamental interests in civil law jurisdictions.

⁶⁰Advisory Committee Notes to Federal Rule of Evidence 402 (2018).

⁶¹*Old Chief v. United States*, 519 U.S. 172 (1997).

⁶²BRIGGS, Civil Courts Structure Review: Final Report, 2016.

⁶³*Hoyle v. Rogers & Anor* [2014] EWCA Civ 257; [2015] 1 QB 265.

⁶⁴RIVERO SILVA, «Blockchain evidence versus the State: RAIMUNDO as a case study», *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 15, n.º 4, 2025, pp. 1473-1498.

3. Discovery and disclosure orders in civil law jurisdictions: blocking statutes.

Given the profound procedural divergences in access to evidence between civil law and common law, attention must now turn to the specific problems raised by the execution of discovery and disclosure orders in continental jurisdictions where evidence-taking is judicialised. In this regard, Curran⁶⁵ analyses the notion of “foreign blocking statutes”: legislative instruments in civil law countries designed to block and neutralise common law discovery and disclosure orders on their territory. The underlying tension is particularly evident in *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States District Court*⁶⁶, a leading U.S. Supreme Court precedent suggesting that U.S. judges are generally willing—subject to limited exceptions discussed below—to order discovery in civil law jurisdictions notwithstanding the content of the foreign State’s domestic law. Laing⁶⁷ argues that one of the very purpose of the 1970 Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters was to protect against the unilateral extension of common law discovery (and, by analogy, disclosure) into continental territory. Curran⁶⁸ highlights the increasing need for U.S. courts to engage in comparative analysis and give greater weight to foreign interests, such as privacy and data protection, potentially leading to more narrowly tailored discovery orders that respect civil law values.

At EU level, Regulation (EC) No 2271/96 (the EU “Blocking Statute”) functions as a horizontal analogue to national *lois de blocage*, aimed at neutralising compliance with certain listed U.S. extraterritorial sanctions within the EU. In *Bank Melli Iran v. Telekom Deutschland*⁶⁹, the Court of Justice made clear that Article 5 can apply even without a formal third-country order addressed to the EU operator: it is enough that a private-law measure (such as the termination or non-performance of a contract) is, in substance, driven by a decision to comply with the listed U.S. measures. Precisely because this can channel public-law sanctions policy into private-law outcomes, the Court required national courts to police those outcomes through a proportionality review grounded in fundamental rights, rather than treating “sanctions compliance” as an automatic justification.

In the United Kingdom, Halkerston⁷⁰ suggests that, as a general rule, the fact that compliance with a disclosure order would be unlawful in the addressee’s home State—either because of data protection law or because of a blocking statute—does not constitute a generic excuse in English law for non-compliance with ordinary disclosure obligations, although it may nonetheless carry some weight in the judge’s final decision. The relative moderation of English disclosure compared with U.S. discovery cannot be accepted as a sufficient reason to presume a better fit

⁶⁵CURRAN, «United States discovery and foreign blocking statutes», *Louisiana Law Review*, vol. 76, 2016, pp. 1141–1194.

⁶⁶*Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States District Court*, 482 U.S. 522 (1987).

⁶⁷LAING, «In re Societe Nationale Industrielle Aerospatiale: International Conflict over Discovery of Evidence in Foreign Countries», *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 12, 1987, p. 137.

⁶⁸CURRAN, «U.S. Discovery in a Transnational and Digital Age and the Increasing Need for Comparative Analysis», *Akron Law Review*, vol. 51, 2017, p. 857.

⁶⁹*Bank Melli Iran v. Telekom Deutschland GmbH*, C-124/20, EU:C:2021:1035

⁷⁰HALKERSTON, «English disclosure processes and foreign blocking statutes», *Trusts & Trustees*, vol. 20, n.º 9, 2014, pp. 1–15.

with continental Europe, by way of example, because of EU competition laws⁷¹. Even when subject to English proportionality standards, disclosure may still reach vast quantities of documents that exceed what would be proportionate under European standards, with serious implications not only for data protection but also for competition law and the protection of trade secrets or other forms of *know-how*.

Some authors⁷² argue that, despite its aim of structuring judicial cooperation, the Hague Convention has not been particularly effective in preventing common law courts from resorting to their own internal discovery mechanisms in relation to evidence located in Europe. France is often cited by the doctrine as a paradigmatic example⁷³. Its so-called *Loi de blocage* is currently *Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968*, as amended by *Loi n° 80-538 du 16 juillet 1980*, on the communication of economic, commercial, industrial, financial or technical documents and information. Articles 1 and 1 bis, “*sous réserve des traités ou accords internationaux*”, prohibit both the direct communication of sensitive economic information to foreign authorities and the act of “*demande, rechercher ou communiquer*” such documents where the request “*tend à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères*”. The French administration itself presents this law as an instrument intended to “*éviter que les autorités étrangères n’aient connaissance d’informations sensibles [...] en les contraignant à respecter les canaux de l’entraide judiciaire ou administrative internationale*”, that is, to compel the use of instruments such as the 1970 Hague Convention.

This legislative choice is reflected clearly in French criminal case law. In the well-known “Christopher X” case,⁷⁴ the *Cour de cassation* upheld the conviction of a French lawyer acting for the California Insurance Commissioner in U.S. proceedings concerning the insurer Executive Life. As reconstructed by Cuniberti⁷⁵, “a lawyer was fined €10,000 for seeking information for the purpose of Californian proceedings” after contacting in France a senior executive of MAAF to obtain information about the functioning of its board of directors, outside the rogatory channels provided by the Hague Evidence Convention. The court held that this initiative breached art. 1 bis of the *Loi de blocage*, since it involved seeking economic and financial information in France to use as evidence in foreign civil proceedings. The implicit message is unambiguous: even where evidence is sought for legitimate proceedings before a U.S. court, private actors may not “self-organise” discovery in France outside institutional mechanisms for judicial cooperation. In this regard, certain legal scholars⁷⁶ suggest that blocking statutes exert a coercive effect on the very citizen or company compelled by the foreign court. Nevertheless, the “virtual addressee” remains the foreign judge. Unable to force discovery, the foreign judge will be more inclined to seek alternative mechanisms that are more respectful of French domestic law

⁷¹KULMS, «Competition law enforcement under informational asymmetry», *China-EU Law Journal*, vol. 5, n° 3, 2017, pp. 209–231.

⁷²FRIEDERICH, «Reinforcing the Hague Convention on Taking Evidence Abroad After Blocking Statutes, Data Privacy Directives and Aérospatiale», *San Diego International Law Journal*, vol. 12, 2010, pp. 264–286.

⁷³BATISTA, «Confronting Foreign Blocking Legislation: A Guide to Securing Disclosure from Non-resident Parties to American Litigation o American Litigation», *The International Lawyer*, vol. 17, n° 1, 1983, pp. 64–69.

⁷⁴Cour de cassation (chambre criminelle), 12 décembre 2007, n° 07-83.228 (affaire Executive Life/MAAF – “Christopher X”).

⁷⁵CUNIBERTI, «The Criminal Sanction of the French Blocking Statute», *Conflict of Laws.net*. 22 February 2011.

⁷⁶BUSSAC, Normas de bloqueo y obtención transfronteriza de prueba. *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 17, 2025, pp. 578–610.

At the opposite end of the spectrum from *Société Nationale Industrielle Aérospatiale*, the case of *Kashef v. BNP Paribas S.A.*,⁷⁷ illustrates how—albeit in an admittedly exceptional manner—some U.S. federal courts have begun to treat the *Loi de blocage* and French evidentiary law more generally as genuine constraints in their *comity* analysis. In *Kashef*, the judge expressly acknowledged the conflict between U.S. discovery and French law. The court noted that the French blocking statute places limits on the taking of foreign discovery in France and that BNP Paribas would, at least theoretically, be exposed to liability if it engaged in large-scale disclosure of client data in violation of that law and of the GDPR. After a detailed analysis of the *comity* factors (origin of the documents, interests at stake, seriousness of the possible infringement of foreign law, availability of alternative means)⁷⁸, the judge concluded that the interests of France and the European Union in data protection and procedural sovereignty outweighed the U.S. interest in unrestricted discovery, stressing that an alternative means for obtaining the information sought is available through the Hague Convention.

From the perspective developed in *Kashef*, the EU GDPR can operate as a sector-specific constraint on discovery insofar as it denies automatic effect to foreign orders demanding personal data. The key provision, according to Swire⁷⁹, is art. 48 GDPR, which states that “any judgment of a court or tribunal and any decision of an administrative authority of a third country requiring a controller or processor to transfer or disclose personal data” “may only be recognised or enforceable... if based on an international agreement, such as a mutual legal assistance treaty”. In other words, a foreign discovery order addressed directly to a European controller is not, by itself, a sufficient legal basis for transfer: compliance must either be channelled through an applicable international agreement (MLAT, Hague Convention, etc.) or be justified—independently of the foreign order—under one of the legal bases for third-country transfers exhaustively regulated in Chapter V of the GDPR. Christakis⁸⁰ underlines that art. 48 was introduced in order to limit transfer of EU personal data to foreign governments, i.e. to close the route for direct access by third-country authorities to personal data located in the EU.

This transatlantic clash was already visible before the CLOUD Act. In *Microsoft Corp. v. United States*,⁸¹ the Second Circuit held that a warrant issued under 18 U.S.C. § 2703 of the Stored Communications Act could not compel Microsoft to seize and produce the contents of emails stored exclusively on servers located in Ireland, absent a clear congressional statement authorising such extraterritorial reach. Although the *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* (CLOUD Act) later amended the SCA to require providers subject to U.S. jurisdiction to disclose data within their possession, custody, or control regardless of where it is stored, the Microsoft litigation remains a useful illustration of the underlying *comity* concerns that still surface when U.S. disclosure obligations collide with EU data-protection and secrecy constraints.

⁷⁷Kashef v. BNP Paribas S.A., No. 16-cv-3228 (PKC), 2021 WL 1844721 (S.D.N.Y. 10 May 2021).

⁷⁸ABDOLLAHI, «The Hague Convention: A medium for international discovery», *North Carolina Journal of International Law*, vol. 40, n° 3, 2015, pp. 771–802.

⁷⁹SWIRE, «When does GDPR act as a blocking statute: The relevance of a lawful basis for transfer», *Georgia Tech Scheller College of Business Research Paper* No. 3473187, 2019.

⁸⁰CHRISTAKIS, «Transfer of EU personal data to U.S. law enforcement authorities after the CLOUD Act: Is there a conflict with the GDPR?», *New York University School of Law*, e-book, 2019, p. 7

⁸¹Microsoft Corp. v. United States, 829 F.3d 197 (2d Cir. 2016)

Abbas⁸² makes this more concrete in the field of data retention: the former Article 29 Working Party held that European controllers “have no legal ground to store personal data at random for an unlimited period of time” merely because of the possibility of litigation in the United States, whereas U.S. courts expect companies to preserve large volumes of information for fear of sanctions for spoliation. The aforementioned Christakis adds that this logic clashes with the extraterritorial obligations imposed by the CLOUD Act, which amended the *Stored Communications Act* to oblige providers subject to U.S. jurisdiction to preserve or reveal data “regardless of whether such information is located within or outside of the United States”. Gascón Marcén⁸³, citing the joint position of the European Data Protection Board (EDPB) and the European Data Protection Supervisor (EDPS), stresses that, unless a U.S. court order under the amended Stored Communications Act is recognised or made enforceable on the basis of an international agreement, “the lawfulness of such transfers of personal data cannot be ascertained”. That combination—an aggressive extraterritorial projection of U.S. data-access law on the one hand and blocking from the GDPR of foreign decisions not based on agreements on the other—means that when a U.S. (or other third-country) authority orders a GDPR-subject company to disclose personal data stored in Europe, the default answer under EU law is: only if the transfer fits one of the exhaustively listed bases in Chapter V (adequacy decision, appropriate safeguards under art. 46, or one of the restrictive derogations in art. 49), and never merely because a foreign court so orders.

4. Discussion and conclusions

4.1. The compatibility between discovery/disclosure and civil law procedural sovereignty

The comparative analysis developed in this article confirms that the tension identified in the introduction is structural. Civil law and common law do not simply offer different “procedural cultures” for accessing evidence; they embody rival conceptions of who controls the evidentiary process, what counts as admissible evidence and how far parties may go in compelling the production of information. In continental systems, evidence is embedded within a judge-led, intra-procedural framework, constrained by typified means (albeit not *numerus clausus*) of proof and *ex ante* admissibility control. In common law, by contrast, evidence is largely party-driven, open-ended in form and organised around expansive pre-trial discovery or disclosure. Nevertheless, it should be pointed out that (a) the ‘quasi-inquisitorial’ label, being a perspective rooted in common law scholarship, requires significant nuance today, driven in part by the impact of EU law; and (b) notable differences can be found even within civil law jurisdictions.

Against this background, the notion of “procedural sovereignty” is particularly useful. If States retain control over the taking of evidence on their own territory, then unilateral attempts by foreign courts to impose their evidentiary model abroad are, *prima facie*, difficult to reconcile with that sovereignty. The Hague Evidence Convention and, within the EU, Regulation (EU) 2020/1783 can be read as institutional responses to this problem: they seek to channel cross-border evidence-taking through court-to-court cooperation, thereby ensuring that the *lex fori* of

⁸²ABBAS, «U.S. preservation requirements and EU data protection: Headed for collision», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 36, n° 1, 2013, pp. 268 - 269.

⁸³GASCÓN MARCÉN, «The extraterritorial application of European Union data protection law», *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 23, 2019, p. 421.

the requested State and its fundamental guarantees are respected. Notwithstanding the foregoing, as noted above, the CJEU suggests that this is not the sole or exclusive avenue available to Member States. Also, we can state that EU law will undoubtedly play a significant role in any strides toward greater liberalization that may occur within civil law jurisdictions in the European context.

The practice reconstructed in section 3, however, shows that common law courts have often treated international cooperation instruments as non-exclusive rather than mandatory gateways. *Société Nationale Industrielle Aérospatiale* is emblematic in this respect, in that the U.S. Supreme Court declined to make the Hague Evidence Convention an exclusive route while at the same time articulating a list of factors for deciding whether and how to use it. In functional terms, this non-exclusivity is reinforced by the fact that ordinary discovery or disclosure can compel a party subject to the forum court's jurisdiction to produce documents and data within its possession, custody or control even where the material is physically located abroad. In that setting, Hague channels tend to operate as an available alternative within a comity-based balancing exercise rather than as a strict prerequisite. By contrast, distinct assistance regimes designed specifically to aid foreign proceedings—most notably 28 U.S.C. § 1782 in the United States and the Evidence (Proceedings in Other Jurisdictions) Act 1975 in the United Kingdom—occupy a different conceptual space: they structure how the forum may assist litigation abroad, but they do not themselves explain (nor replace) the ordinary extraterritorial pull of domestic discovery or disclosure directed at parties before the forum court.

From a civil law perspective, this case law creates a structural asymmetry. Common law courts can project their evidentiary orders extraterritorially, while civil law States are largely confined to reactive tools such as blocking statutes and data-protection rules. The French *Loi de blocage*, as applied in *Christopher X*, together with the emerging use of the GDPR as a de facto sectoral blocking statute in cases such as *Kashef v BNP Paribas*, illustrates this dynamic. These developments indicate that continental systems increasingly treat certain categories of information—especially personal data and commercially sensitive material—as legally tied to their own procedural and regulatory regimes.

At the same time, the analysis suggests that incompatibility is not absolute. The very language of *Aérospatiale*, and more markedly the reasoning in *Kashef*, indicates that common law courts are capable of according genuine weight to foreign procedural and regulatory interests when applying comity-based tests. Where a foreign blocking statute or data-protection regime is not merely a pretext for non-cooperation but expresses deeply embedded constitutional or fundamental-rights commitments, those interests can outweigh the forum's interest in unrestricted discovery. The Hague Evidence Convention then re-emerges not as a formalistic obstacle, but as the “appropriate alternative means” through which evidence may still be obtained without disregarding the procedural sovereignty of the requested State.

The answer to the research question is therefore necessarily qualified. As currently practiced, the routine use of unilateral discovery and disclosure orders directed at evidence located in civil law jurisdictions is only partially compatible with procedural sovereignty and with the architecture of international cooperation. Compatibility arises, if at all, within a relatively narrow band of cases: those in which (a) common law courts meaningfully integrate foreign procedural limits and international instruments into their analysis; (b) confine orders to what is strictly necessary and proportionate, and, crucially, (c) are prepared to default to court-to-court channels where

fundamental rights or blocking statutes would otherwise be infringed. Outside this band, discovery and disclosure operate less as tools of cooperation and more as vectors of procedural extraterritoriality.

4.2. Towards “civil-law friendly discovery”? Normative implications for international cooperation

The proposal of a “civil-law friendly discovery” invites a more explicitly normative reflection. The empirical and doctrinal material examined in this article shows that some elements of such a model are already present, albeit unevenly. On the common law side, both U.S. and English procedural reforms have moved in the direction of proportionality and judicial management: Rule 26(b)(1) FRCP narrows the scope of discovery in light of costs and access to information, while PD 57AD re-designs disclosure in the Business and Property Courts around issues for disclosure and tailored disclosure models. On the civil law side, EU law has developed increasingly sophisticated standards of proportionality and necessity in areas such as anti-discrimination litigation, as evidenced by *Meister* and *Kelly*, and has constitutionalised data protection through the GDPR.

These developments, however, remain largely parallel. Proportionality in common law discovery or disclosure continues to be applied within a framework that regards extraterritorial reach as procedurally normal, whereas proportionality in civil law systems is embedded in a judge-led, intra-procedural and territorially bounded conception of evidence. If a genuinely “civil-law friendly” approach is to emerge, at least four elements seem necessary:

First, common law courts would need to recalibrate their comity analysis so that instruments such as the Hague Evidence Convention and, where applicable, Regulation (EU) 2020/1783 are treated as the presumptive primary channels for obtaining evidence in civil law jurisdictions. Rather than asking whether recourse to the Convention is strictly indispensable, the baseline should be that direct discovery or disclosure orders addressed to parties in civil law States are exceptional and require specific justification. *Aérospatiale*’s factors could be re-read through this lens, giving determinative weight to the availability of court-to-court mechanisms, rather than treating them as one factor among many.

Secondly, foreign blocking statutes and data-protection regimes should be integrated into the proportionality assessment not as inconvenient obstacles, but as expressions of constitutional commitments to which courts of cooperating States must give serious regard. *Kashef* points in this direction by recognising the *Loi de blocage* and the GDPR as genuine constraints, rather than formal objections to be discounted. A “civil-law friendly” discovery would generalise this approach: where compliance with a discovery or disclosure order would expose a party to realistic criminal or regulatory liability in the requested State, or would require transfers of personal data contrary to Chapter V GDPR, the order should be narrowed, redirected through Hague channels or refused.

Thirdly, there is room for further clarification on the civil law side. While the GDPR’s Article 48 and national blocking statutes send a strong signal, they do so in relatively general terms. Additional guidance—whether through CJEU case law, opinions of the European Data Protection Board, or soft-law instruments—could specify the duties of European controllers and processors faced with foreign discovery or disclosure orders, including obligations to resist or challenge such

orders where they conflict with EU law. Similarly, national courts in civil law States could articulate more explicitly the extent to which compliance with foreign evidentiary orders is compatible with domestic procedural law, competition law and trade-secret regimes, thereby providing clearer parameters for foreign courts engaged in comity analysis.

Fourthly, and more ambitiously, international cooperation frameworks themselves could be adjusted to reflect the realities of large-scale digital evidence. The Hague Evidence Convention was not drafted with global cloud infrastructures, extraterritorial data-access laws and comprehensive data-protection regimes in mind. Emerging tensions between the *CLOUD Act* and the GDPR illustrate that traditional models of mutual assistance are being tested by technological and regulatory shifts. Negotiated instruments—whether amendments, protocols or complementary agreements—could clarify how requests for large volumes of electronic data are to be handled, how proportionality and necessity are to be assessed and how conflicts with data-protection and blocking statutes are to be resolved.

From this perspective, the notion of “civil-law friendly discovery” does not imply the transplantation of civil law evidentiary structures into common law systems. Rather, it suggests a regime in which the extraterritorial projection of discovery and disclosure is constrained by three concentric limits: (a) the procedural sovereignty of the requested State, as operationalised through its own *lex fori* and blocking statutes; (b) the international cooperation instruments to which both States have subscribed, such as the Hague Evidence Convention and, within the EU, Regulation (EU) 2020/1783; and (c) the fundamental-rights architecture of EU law, particularly data protection under the GDPR.

Within those limits, there remains space for effective cross-border evidence-gathering. Common law courts can continue to rely on discovery and disclosure domestically, can make targeted use of those tools in cross-border cases where the evidence is legitimately within their reach and can employ Hague mechanisms and other MLATs to access evidence abroad in a manner acceptable to civil law jurisdictions. Civil law States, for their part, can continue to refine their own evidentiary regimes to ensure that fundamental rights and regulatory interests are protected without degenerating into procedural isolationism.

Ultimately, the analysis conducted in this article suggests that the compatibility of common law discovery and disclosure with civil law procedural sovereignty and international cooperation instruments is contingent and context-dependent. It is not that such tools are inherently incompatible with civil law systems, but that their compatibility depends on a sustained willingness—on both sides—to subject evidentiary demands to the constraints of comity, proportionality and fundamental rights. Where that willingness is present, the Hague Evidence Convention and the GDPR can function as structuring frameworks for a more balanced model of cross-border evidence-taking. Where it is absent, discovery and disclosure risk becoming instruments of unilateral procedural imperialism, at odds with the very idea of international judicial cooperation on which the letters rogatory system was originally built.

5. References

5.1. Literature

ABBAS, Tania, «U.S. preservation requirements and EU data protection: Headed for collision», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 36, n° 1, 2013, pp. 258–289. Available at: https://repository.uclawsf.edu/hastings_international_comparative_law_review/vol36/iss1/4

ABDOLLAHI, Tony, «The Hague Convention: A medium for international discovery», *North Carolina Journal of International Law*, vol. 40, n° 3, 2015, pp. 771–802. Available at: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2033&context=ncilj>

ANDREWS, Neil, «A New Civil Procedural Code for England: Party-Control 'Going, Going, Gone'», *Civil Justice Quarterly*, vol. 19, 2000, pp. 19 ss.

ANDREWS, Neil, *English civil procedure: Fundamentals of the Civil Justice System*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

BATISTA, Paul A., «Confronting Foreign Blocking Legislation: A Guide to Securing Disclosure from Non-resident Parties to American Litigation o American Litigation », *International Lawyer*, vol. 17, n.º 1, 1983, pp. 61–85. Available at: <https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3616&context=til>

BENHAM, Dustin B., , «Proportionality, Pretrial Confidentiality, and Discovery Sharing», *Washington and Lee Law Review*, 2014, vol. 71, núm. 4, p. 2181 – 2193. Available at: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=4426&context=wlulr>

BIAVATI, Paolo, «Oral and written evidence in Italian civil procedure law», ponencia presentada en *Orality and Writing in an Efficient Civil Process*, Universitat de València, 2008. Available at: <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip2ita.pdf>

BRIGGS, Michael, *Civil Courts Structure Review: Final Report*, *Judiciary of England and Wales*, London, 2016. Available at: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/07/civil-courts-structure-review-final-report-jul-16-final-1.pdf>

BUSSAC, Pablo, «Normas de bloqueo y obtención transfronteriza de prueba» *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 17, 2025, pp. 578-610. Available at: <https://doi.org/10.20318/cdt.2025.9892>

BUXBAUM, Hannah L., «Territory, territoriality, and the resolution of jurisdictional conflict», *American Journal of Comparative Law*, vol. 51, 2003, pp. 631–675. Available at: <https://ssrn.com/abstract=1444412>

UREÑA CARAZO, Belén, «La prueba de oficio en el proceso civil español. (El deber judicial de completitud de la prueba del artículo 429.1 LEC)», *Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. n° 3, 2014, pp. 3-41. Available at:

FUGUET CARLES, Xénia., «La disclosure: aspectos a aprender en España de la experiencia inglesa», *InDret*, n° 1, 2023, p. 343. Available at: <https://indret.com/la-disclosure-aspectos-a-aprender-en-espana-de-la-experiencia-inglesa/>

CARNELUTTI, Francesco, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. 2, Cedam, Padova, 1947.

CAYLOR, Molly L. P., «Modernizing the Hague Evidence Convention: A proposed solution to cross-border discovery conflicts during civil and commercial litigation», *Boston University International Law Journal*, vol. 28, 2010, pp. 345–392. Available at: <https://www.bu.edu/law/journals-archive/international/volume28n2/documents/caylor-postmacro.pdf>

CHASE, Oscar G./HERSHKOFF, Helen/SILBERMAN, Linda J./SORABJI, John/STÜRNER, Rolf/TANINGUCHI, Yasahei/VARANO, Vincenzo, «An Introduction and Overview», en CHASE, Oscar G./hershkoff, Helen (eds.), *Civil Litigation in Comparative Context*, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 17-37, 2017 Available at: <https://ssrn.com/abstract=3041554>

CHASE, Oscar G., «American "Exceptionalism" and Comparative Procedure», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50, núm. 2, 2002, pp. 277 ss. Available at: <https://doi.org/10.2307/840822>

CHIOVENDA, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, 3.^a ed., Jovene, Napoli, 1928.

CHRISTAKIS, Theodore, «Transfer of EU personal data to U.S. law enforcement authorities after the CLOUD Act: Is there a conflict with the GDPR?», Randal Milch and Sebastian Benthall (eds.), «Cybersecurity and Privacy in a Globalized World - Building Common Approaches», *New York University School of Law*, e-book (Forthcoming) 2019. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3397047>

CLERMONT, Kevin M./SHERWIN, Emily, «A Comparative View of Standards of Proofs», *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, 2002, pp. 243 ss. Available at: <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/222/>

CUNIBERTI, Gilles, «The Criminal Sanction of the French Blocking Statute», *Conflict of Laws.net*, 2008. Available at: <http://conflictoflaws.net/2008/the-criminal-sanction-of-the-french-blocking-statute/>.

CURRAN, Vivian Grosswald, «U.S. Discovery in a Transnational and Digital Age and the Increasing Need for Comparative Analysis», *Akron Law Review*, vol. 51, 2017, pp. 857–886. Available at: <https://ideaexchange.uakron.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2431&context=akronlawreview>

CURRAN, Vivian Grosswald, «United States discovery and foreign blocking statutes», *Louisiana Law Review*, vol. 76, 2016, pp. 1141–1194. Available at: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol76/iss4/11>

DAMASKA, Mirjan, «Free Proof and its Detractors», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 43, 1995, p. 348. Available at: <https://openyls.law.yale.edu/server/api/core/bitstreams/51c6dde4-a2f4-4e41-92a8-c2bbbf00f135/content>

DE LUCCHI, Yolanda, «Eficiencia en el acceso a la información y fuentes de prueba en el proceso civil: tibias líneas convergentes EEUU/Europa.» *Revista Ítalo-española de Derecho procesal*, vol. 1, 2023, pp. 23–52.

DODGE, William S., «International Comity in the Fourth Restatement of Foreign Relations Law», in STEPHAN, Paul B./CLEVELAND, Sarah H. (eds.), *The Restatement and Beyond: The Past, Present, and Future of U.S. Foreign Relations Law*, Oxford University Press, New York, 2019, pp. 2 – 3; 8. Available at: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3311889>

Federal Rules of Evidence, Advisory Committee Notes, Rule 402 (2018). Available at: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/agenda_book_advisory_committee_on_rules_of_evidence_-_final.pdf

FRIEDERICH, Brian, «Reinforcing the Hague Convention on Taking Evidence Abroad After Blocking Statutes, Data Privacy Directives and Aéroespatiale», *San Diego International Law Journal*, vol. 12, 2010, pp. 264 – 286. Available at: <https://digital.sandiego.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1112&context=ilj>.

GASCÓN MARCÉN, Ana, «The extraterritorial application of European Union data protection law», *Spanish Year Book of International Law*, vol. 23, 2019, pp. 413–425. Available at: <https://www.sybil.es/sybil/article/download/279/249>

SANTALÓ GORIS, Carlos «From the 2001 Evidence Regulation to its 2020 Recast: What does it remain and has it changed?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 17, 2025, p. 672. Available at: <https://www.doi.org/10.20318/cdt.2025.9348>

GRIMM, Paul W., «The state of discovery practice in civil cases: Must the rules be changed to reduce costs and burdens, or can significant improvements be achieved within the existing rules?», *The Sedona Conference Journal*, vol. 12, 2011, pp. 47 – 67. Available at: https://www.thesedonaconference.org/sites/default/files/publications/Grimm%2047-68_0.pdf

GROSSI, Simona, «A Comparative Analysis Between Italian Civil Proceedings and American Civil Proceedings Before Federal Courts», *Indiana International & Comparative Law Review*, vol. 20, núm. 2, 2010, pp. 213 ss. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2145497>

HALKERSTON, Graeme, «English disclosure processes and foreign blocking statutes», *Trusts & Trustees*, vol. 20, nº 9, 2014, pp. 1 – 15. Available at: <https://www.wilberforce.co.uk/pdf/ARTICLE-english-disclosure-processes-and-foreign-blocking-statutes-Sept-2014-GHA.pdf>

HAZARD, Geoffrey C., «Discovery and the role of the judge in civil law jurisdictions», *Notre Dame Law Review*, vol. 73, 1998, pp. 1017–1028. Available at: <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1780&context=ndlr>

HM COURTS & TRIBUNALS SERVICE, *The Technology and Construction Court Guide*, 3.^a ed, 2022. Available at: https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2022/10/14.128_The_Technology_and_Construction_Court_Guide_WEB.pdf

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Las European Rules of Civil Procedure:¿ Un punto de partida para la armonización del proceso civil?» *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, 2021, pp. 277-

297. Available at: <https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/12577ac6-d0f5-4b28-a64b-075e9e549c90/content>

JACKSON, Rupert, Review of Civil Litigation Costs: Final Report, *The Stationery Office*, London, 2010. Available at: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/jackson-final-report-140110.pdf>

JOLOWICZ, John Anthony, «Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, núm. 2, 2003, pp. 281 ss. Available at: <https://doi.org/10.1093/iclq/52.2.281>

KULMS, Rainer, «Competition law enforcement under informational asymmetry», *China-EU Law Journal*, vol. 5, nº 3, 2017, pp. 209–231. Available at: <https://doi.org/10.1007/s12689-016-0073-8>

LAING, David J., «In re Societe Nationale Industrielle Aerospatiale: International Conflict over Discovery of Evidence in Foreign Countries», *North Carolina Journal of International Law*, vol. 12, 1987, pp. 137-161. Available at: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1334&context=ncilj>

LANDSMAN, Stephan, The Adversary System: A Description and Defense, *American Enterprise Institute for Public Policy Research*, Washington, D.C., 1984. Available at: <https://www.aei.org/wp-content/uploads/2023/07/AEI-LegalStudies-390.pdf?x91208>

LANGBEIN, John H., «The German advantage in civil procedure», *University of Chicago Law Review*, vol. 52, nº 4, 1985, pp. 823–866. Available at: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Langbein_The_German_Advantage_in_Civil_Procedure.pdf

LLUCH, Xabier «La dosis de prueba: entre el "common law" y el "civil law"» *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 35, 2012, 173-200.

MAXEINER, James R., «Law-Made in Germany: Global Competitiveness of Civil Law Justice», *University of Baltimore Scholarwork*, 2012, pp. 1 - 9. Available at: https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1770&context=all_fac

MCKENNA, Judith / WIGGINS, Elizabeth, «Empirical research on civil discovery», *Boston College Law Review*, vol. 39, 1998, pp. 785–828. Available at: <https://bclawreview.bc.edu/articles/1277/files/63bebfa92cc1e.pdf>

MERRYMAN, John Henry, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 3.^a ed., *Stanford University Press*, Stanford, 2007.

NYLUND, Anna, «The structure of civil proceedings-convergence through the main hearing model?», *Civil Procedure Review*, vol. 9, nº 2, 2018, pp. 13–28. Available at: https://www.researchgate.net/publication/330729545_The_structure_of_civil_proceedings-convergence_through_the_main_hearing_model

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo «La investigación en el proceso civil: hacia una nueva ordenación de los mecanismos de averiguación de hechos y de obtención de fuentes de prueba.» *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, vol. 1, 2020, 258-333.

OXMAN, «The Choice Between Direct Discovery and Other Means of Obtaining Evidence Abroad: The Impact of the Hague Evidence Convention», *University of Miami Law Review*, vol. 37, n.º 4, 1983, pp. 733 ss. Available at: <https://repository.law.miami.edu/umlr/vol37/iss3/14/>

PENGELLEY, Pamela, D., «A compelling situation: Enforcing American letters rogatory in Ontario», *Canadian Bar Review*, vol. 31, 2006, pp. 346 - 348. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm?abstractid=1158593>

REYES, Carla., «The U.S. discovery–EU privacy directive conflict: Constructing a three-tiered compliance strategy», *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 19, n.º 2, 2009, p. 357 ss. Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1059&context=djcil>

RIVERO SILVA, Sebastián, «Blockchain evidence versus the State: RAIMUNDO as a case study», *Oñati Socio-Legal Series*, vol 15, n.º 4, 2025. Available at: <https://doi.org/10.35295/osls.iisl.2202>

SCHWARZER, William W., «Managing civil litigation: The trial judge's role», *Judicature*, vol. 61, nº 8, 1978, pp. 400–410. Available at: https://repository.uclawsf.edu/faculty_scholarship/732

SHAPIRO, David L., «Some Problems of Discovery in an Adversary System», *Minnesota Law Review*, vol. 63, 1979, pp. 1055 ss. Available at: <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/1113/>

SIME, Stuart, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 25.^a ed., *Oxford University Press*, Oxford, 2022. Available at: <https://doi.org/10.1093/he/9780192859365.001.0001>

STÜRNER, Rolf, «The Principles of Transnational Civil Procedure: An Introduction to their basic Conceptions», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 69, 2005, pp. 201-256. Available at: <https://doi.org/10.1628/0033725054006357>

SUBRIN, Stephan N., «Discovery in global perspective: Are we nuts?», *DePaul Law Review*, vol. 52, nº 2, 2002, pp. 299–328. Available at: <https://via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1502&context=law-review&httpsredir=1&referer=>

SUK, Julie, «Procedural path dependence: Discrimination and the civil-criminal divide», *Washington University Law Review*, vol. 85, nº 5, 2007, pp. 1315–1375. Available at: https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol85/iss6/3

SWIRE, Peter, «When does GDPR act as a blocking statute: The relevance of a lawful basis for transfer», *Georgia Tech Scheller College of Business Research Paper No. 3473187*, 2019. Available at: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3473187>

THE SEDONA CONFERENCE, «The Sedona Conference practical in-house approaches for cross-discovery and data protection», *The Sedona Conference Journal*, vol. 17, 2016, pp. 403–409.

Available at: <https://www.thesedonaconference.org/sites/default/files/publications/Cross-Border%20Discovery%20and%20Data%20Protection%20%282016%29.pdf>

WILLOUGHBY Jr, Dan. H./JONES, Rose Hunter /ANTINE, Gregory R. «Sanctions for E-Discovery Violations: By the Numbers». *Duke Law Journal*, vol 60, 2010 pp. 790 – 861. Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1487&context=dlj>

ZAMBRANO, Diego A., «Discovery as regulation», *Michigan Law Review*, vol. 119, 2020, pp. 79–124. Available at: <https://doi.org/10.36644/mlr.119.1.discovery>

ZUCKERMAN, Adrian, «Civil Litigation: A Public Service for the Enforcement of Rights», *Civil Justice Quarterly*, vol. 26, 2007, pp. 1 ss. Available at: [https://adrianzuckerman.co.uk/media/Pages%20from%20CJQ07_26\(1\)_1-158\(1\).pdf](https://adrianzuckerman.co.uk/media/Pages%20from%20CJQ07_26(1)_1-158(1).pdf)

5.2. Caselaw

Bank Melli Iran v. Telekom Deutschland GmbH, C-124/20, EU:C:2021:1035.

CIP Properties (AIPT) Ltd v. Galliford Try Infrastructure Ltd [2015] EWHC 481 (TCC).

Cour de cassation (chambre criminelle), 12 décembre 2007, n° 07-83.228 (affaire Executive Life/MAAF – “Christopher X”).

Cour de cassation (Civ. 2e), 7.1.1999, n° 97-10.831.

Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993).

Dombo Beheer B.V. v. the Netherlands, no. 14448/88, Judgment of 27 October 1993, ECHR 1993-VIII.

Hickman v. Taylor, 329 U.S. 495 (1947).

Hoyle v. Rogers & Anor [2014] EWCA Civ 257; [2015] 1 QB 265.

Kashef v. BNP Paribas S.A., No. 16-cv-3228 (PKC), 2021 WL 1844721 (S.D.N.Y. 10 May 2021).

Kelly v. National University of Ireland, Dublin, C-104/10, EU:C:2011:506.

Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens and Others v Hendrikus Cornelis Kortekaas and Others, C-170/11, EU:C:2012:540.

Meister v. Speech Design Carrier Systems GmbH, C-415/10, EU:C:2012:217.

Microsoft Corp. v. United States, 829 F.3d 197 (2d Cir. 2016).

National Hockey League v. Metropolitan Hockey Club, Inc., 427 U.S. 639 (1976).

Nideröst-Huber v. Switzerland, no. 18990/91, Judgment of 18 February 1997, ECHR 1997-I.
Old Chief v. United States, 519 U.S. 172 (1997).

ProRail BV v Xpedys NV and Others, C-332/11, EU:C:2013:87.

Seattle Times Co. v. Rhinehart, 467 U.S. 20 (1984).

Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States District Court, 482 U.S. 522 (1987).

Spanish Constitutional Court, STC 165/2001, 16.7.2001.

West London Pipeline and Storage Ltd v. Total UK Ltd [2008] EWHC 1729 (Comm).

El abuso del servicio público de justicia y la obligatoriedad del recurso a los MASC

Xulio Ferreiro Baamonde
Universidade da Coruña

Sumario

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia ha introducido una modificación esencial en nuestro proceso civil: la presentación de una demanda en la práctica generalidad de los supuestos deberá estar condicionada a que previamente las partes hayan intentado llegar a un acuerdo a través de alguno de los denominados Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC) tipificados legalmente. Este nuevo requisito de procedibilidad se prevé como un método para promover la utilización de las soluciones autocompositivas en los litigios civiles, de modo que su uso se convierta en obligatorio como paso previo al proceso, que adquiere así un papel subsidiario en la resolución de los conflictos. La intención del legislador es la de descongestionar a los tribunales civiles, en cuanto se reduzca el número de asuntos que ingresen en ellos. Pero esta reforma plantea interesantes desafíos al tradicional concepto de Poder Judicial – frente a Servicio Público de Justicia – y del disfrute del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

Abstract

Organic Law 1/2025 of January 2, on measures regarding the efficiency of the Public Justice Service, has introduced an essential modification in our civil procedure: the filing of a claim, in the vast majority of cases, will be subject to the prior condition that the parties have attempted to reach an agreement through one of the legally defined Appropriate Dispute Resolution Methods (ADR). This new requirement of admissibility is conceived as a way to promote the use of self-compositive solutions in civil disputes, so that their use becomes mandatory as a preliminary step to the judicial process, which thus assumes a subsidiary role in conflict resolution. The legislator's intention is to relieve the civil courts by reducing the number of cases brought before them. However, this reform raises interesting challenges to the traditional concept of the Judiciary—as opposed to the Public Justice Service—and to the enjoyment of the right to effective judicial protection, particularly in its aspect of access to the courts.

Title: *The Abuse of the Public Justice Service and the Use of ADR as a Procedural Requirement for Admissibility.*

Palabras clave: Servicio Público de Justicia, Poder Judicial, Derecho a la tutela judicial efectiva; MASC.

Keywords: Public Justice Service, Judiciary, Right to Effective Judicial Protection; ADR.

DOI: 10.31009/InDret.2026.i2.15

2.2026

Recepción
19/01/2026

-

Aceptación
13/04/2026

-

Índice

-

1. Introducción

2. Principios programáticos de la Ley de Medidas en Materia de Eficiencia del Servicio Público de Justicia

2.1. Entre el gerencialismo y el humanismo

2.2. La Justicia: ¿servicio público o Poder?

3. El recurso previo a los MASC como requisito de procedibilidad en el proceso civil

4. El abuso del servicio público de Justicia

5. La obligatoriedad de los MASC, el abuso del servicio público de Justicia y el derecho de acceso a la Jurisdicción

6. Conclusiones

7. Bibliografía

-

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

1. Introducción *

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (LMME) ha incluido una modificación esencial en nuestro proceso civil: la presentación de una demanda en la práctica generalidad de los supuestos debería estar condicionada a que previamente las partes hayan intentado llegar a un acuerdo a través de alguno de los denominados Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC) tipificados legalmente. Este nuevo requisito de procedibilidad se prevé como un método para promover la utilización de las soluciones autocompositivas en los litigios civiles, de modo que su uso se convierta en obligatorio para las partes como paso previo al recurso a la vía jurisdiccional, que viene a adquirir así un papel subsidiario a la propia actividad de los particulares en la solución de sus conflictos. La intención declarada del legislador es la de descongestionar de este modo a los juzgados y tribunales del orden civil, en cuanto deberían ser, previsiblemente, menos los asuntos que ingresen en ellos, al haberse en un porcentaje de casos llegado a un acuerdo entre las partes que evite el proceso judicial.

El legislador se inclina, así, por establecer la obligatoriedad en el uso de los MASC para potenciar su utilización más de una década después de la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, dado que el balance de esta, donde el recurso a la mediación se hacía con carácter voluntario (arts. 1 y 6), no ha sido todo lo positivo que se esperaba, en términos de volumen de casos y de descarga del sistema procesal^{1 2}. Sin embargo, la

* Autor/a de contacto: Xulio Ferreiro Baamonde (xulio.ferreiro@udc.es).

¹ Los datos disponibles avalan esta afirmación. De acuerdo con las Memorias del Consejo General del Poder Judicial de los años 2022 a 2025 (págs. 393, 446, 494, y 442) del total de 2.587.127 de asuntos que ingresaron en la jurisdicción civil en el año 2021, únicamente 4.199 (3.287 en asuntos de familia) fueron derivados a mediación por los órganos jurisdiccionales y de todos ellos únicamente 452 terminaron con avenencia (solo 110 asuntos que no pertenecían a materia de familia). En el año 2022, estas cifras fueron de 3.037 en materia de familia y 868 en el resto de los asuntos civiles, de un total de 2.809.693, con un porcentaje de avenencias en ambos casos ligeramente superior al 18%, lo que supone un descenso en la remisión total de 4,8% y 7,6% respectivamente, en comparación con el año anterior. En 2023, los asuntos derivados a mediación en materia de familia fueron 2376 (10,9% de las cuales terminaron en avenencia) y de 629 en el resto de los asuntos civiles (15,9% con avenencia), de un total de 2.985.234, lo que supone un descenso frente al año anterior del 21,8% y 27,5%, respectivamente. Sólo en el año 2024 se produjo un ligero repunte en materia de familia, con 2979 casos, de los cuales 327 terminaron con avenencia (un aumento de aproximadamente el 25%), pero no en el resto de los asuntos civiles, donde el número de derivaciones se mantuvo prácticamente en las mismas cifras (647), pero se redujo en un 30% el de avenencias (únicamente 70). La tendencia es, además, preocupante, tal y como señala BELLIDO PENADÉS, *Medios alternativos de solución de conflictos y derecho a la tutela judicial efectiva en derecho privado (español y de la Unión Europea)*, 2022, pp. 115 ss, dado que, tras una primera fase alcista hasta el año 2016, la tasa ha sido en general descendente a partir de ese año. Las razones, para este autor, tendrían que ver con un aumento de la desconfianza de los tribunales en la mediación, a la vista de la experiencia sobre el bajo porcentaje de acuerdos alcanzados o en la falta de apoyo institucional a la mediación.

A nivel europeo, el panorama no es mucho más alentador. Así, el Informe de la Comisión Europea de 2016 - COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, 2016- señala que en prácticamente ningún Estado Miembro el uso de la mediación supera al 1% de los asuntos que ingresan en los juzgados y tribunales, y que únicamente en Italia, con 200.000 al año, el uso de la mediación es significativo (Alemania, Holanda y el Reino Unido se situarían en un segundo lugar en cuanto a uso de la mediación, pero sin sobrepasar los 10.000 casos anuales).

² Como afirma CALAZA LÓPEZ, «La externalización de la justicia como antídoto para recobrar la eficiencia perdida», en CALAZA LÓPEZ/ORDEÑANA GEZURAGA (dirs.) y MUINELLO COBO/SUBERBIOLA GARBIZU (coords.), *Externalización de la justicia civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 32, «la Justicia se percibe, por la ciudadanía, como algo lejano, costoso, fatigoso, complejo, ineficaz; pero ello no ha sido óbice (...)

introducción de este nuevo requisito de procedibilidad no es la única medida existente en la ley para promover la utilización de los MASC, puesto que el legislador ha sido consciente de que, por sí sola, esta obligación legal podría no ser suficiente para asegurar un uso real de los medios alternativos de resolución de controversias, como lo demuestra la eliminación en el año 1984 de la conciliación obligatoria previa, cuya utilización había devenido en un formulismo vacío de contenido. Por ello, se ha acompañado esta exigencia de un concepto nuevo, el abuso del servicio público de Justicia, con el objetivo de complementar y reforzar la introducción de los MASC, buscando asegurar que su utilización por las partes se produce de buena fe y con verdadero afán para lograr la resolución del conflicto. De este modo, cuando las partes no entablen una verdadera negociación, o no acepten una propuesta de solución en el caso concreto que coincida sustancialmente con lo finalmente otorgado por los tribunales, podrá apreciarse por el órgano jurisdiccional la concurrencia de un abuso del servicio público de justicia, en cuanto utilización superflua o innecesaria de su derecho de acceso a los tribunales, y sancionar a quien haya incurrido en tal comportamiento con la imposición de las costas procesales, o moderando e incluso exonerando a quien fuese condenado, de la obligación de pago contenida en la sentencia judicial que ponga fin al proceso. Se introduce así una matización en el tradicional criterio del vencimiento en la condena en costas para incluir un nuevo criterio de valoración por el juzgador o juzgadora que se añade a los tradicionales de mala fe y temeridad, complementándolos. De este modo, quien vea satisfechas sus pretensiones procesales podría obtener un pronunciamiento en costas negativo para sus intereses si se considera que la utilización del proceso fue abusiva, al haber podido obtener igual o semejante satisfacción en vía extrajudicial con carácter previo, habiendo, de algún modo, malgastado recursos públicos con su actuación.

El presente trabajo analizará el uso combinado del señalado requisito de procedibilidad y del abuso del servicio público de Justicia, intentando poner de manifiesto los valores y principios presentes tras este intento de modificación legislativa. Se abordará la obligatoriedad del recurso a los MASC como paso previo al proceso, y las modificaciones procesales que se han incluido para procurar su efectividad. De modo particular se examinará el nuevo concepto de abuso del servicio público de Justicia y las implicaciones y consecuencias jurídicas que conllevará su apreciación por parte de los órganos jurisdiccionales. Finalmente, se considerarán las posibles repercusiones de la modificación legislativa para el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, teniendo en cuenta su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción.

2. Principios programáticos de la Ley de Medidas en Materia de Eficiencia del Servicio Público de Justicia

2.1. Entre el gerencialismo y el humanismo

La exposición de motivos de la LMME justifica la reforma procesal civil y la introducción del recurso a los MASC como requisito de procedibilidad en la necesidad de hacer frente a las dificultades en el desarrollo normal de juzgados y tribunales. La situación endémica de atasco judicial de la Administración de Justicia en España se presenta en elemento legitimador de esta

para que los ciudadanos confiaran sus controversias, una y otra vez, a la Administración de Justicia, cuando ya estaban plenamente implementados en nuestro país -al menos- dos de los métodos -hasta el momento- más depurados de solución extrajudicial: la mediación y el arbitraje».

medida³, llamada a limitar la entrada de nuevos asuntos en el sistema judicial⁴. Un porcentaje de estos deberán pasar a ser resueltos por las partes a través de los diversos medios de resolución de conflictos extraprocesales, liberando así al servicio público de Justicia de una parte de los asuntos que lo sobrecargan⁵. De este modo, el trabajo de los órganos jurisdiccionales podría resultar más eficiente, reduciendo, se supone, los tiempos de tramitación y pudiendo dedicar más atención a aquellos asuntos que siguiesen ingresando en ellos⁶.

El objetivo, en consecuencia, sería ofrecer a la ciudadanía «*un servicio público eficiente y justo*». La pretensión es la de reservar el proceso judicial para los casos en los que realmente se necesiten y evitar, de este modo, una supuesta utilización espuria del proceso civil. El legislador parte, por lo tanto, de que no todos los asuntos que se someten a la consideración de los órganos judiciales necesitan realmente de un tratamiento procesal⁷ y que, en determinados supuestos, se acude a

³ Que en los últimos años los órganos jurisdiccionales civiles han visto incrementado el número de casos que deben atender de forma exponencial es una afirmación innegable, a la vista de los datos. De acuerdo con las Memorias del Consejo General del Poder Judicial, en el año 2004, entraron en la jurisdicción civil 1.196.498 asuntos, quedando pendientes de resolver al terminar el ejercicio 751.446. Dos décadas después, en 2024, el número de asuntos de nuevo ingreso fue de 3.563.038, estando pendientes de resolver a final de año un total de 2.688.606. Ambas cifras suponen un aumento de alrededor del 20% sólo respecto a 2023. En todo caso, la duración media de los procesos – al menos en primera instancia – no ha aumentado en la misma proporción, siendo de 7,96 y 8,48 meses en el año 2004, dependiendo de si se trataba de juzgados de primera instancia o de primera instancia e instrucción, respectivamente, frente a los 8,5 meses de media (primera instancia, primera instancia e instrucción y juzgados de familia) para el año 2024. Este último dato le vendría a quitar tal vez novedad, aunque no importancia, a la crónica congestión de la Administración de Justicia. Vide CGPJ, *Memoria Anual 2005 (correspondiente al año 2004)*, Madrid, 2005, p. 79 y CGPJ, *Memoria Anual 2025*, Madrid, 2025, pág. 456.

⁴ La vinculación entre reducción de la carga de los juzgados y tribunales y la promoción de los MASC ha sido señalada reiteradamente por la doctrina. Sirva de ejemplo LÓPEZ GUERRA, «La modernización de la Justicia como servicio público», *Revista de Derecho Político*, núm. 47, 2000, pp. 21 ss; HERRERA DE LAS HERAS, «La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles», *InDret*, núm. 1, 2017, p. 14; ÁLVAREZ GARCÍA, «La premediación como presupuesto procesal de admisibilidad versus el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción», en CABRERA MERCADO (dir.) y QUESADA LÓPEZ (coord.), *La mediación como método para la resolución de conflictos*, Dykinson/Universidad de Jaén, Madrid, 2017, p. 87; PÉREZ DAUDÍ, «La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva», *InDret*, 2, 2019, p. 4; ARMENTA DEU, «El derecho a la tutela judicial efectiva: una perspectiva desatendida», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 117/118, 2025, p. 247.

⁵ «*Resulta oportuno, ante el exponencial incremento de la litigiosidad, fomentar tal modo de proceder habitual de la abogacía contemplando que dicha actividad negociadora sea debidamente remunerada, incluso en los casos en los que se intervenga por designación en el turno de oficio, y con la introducción de un catálogo de mecanismos de negociación asistida, abierto a cualquier otro método eficaz, que sea subsidiario de la actividad negociadora directa que ya se practica tradicionalmente por la abogacía*» (E. de M. LMEP).

⁶ Tal y como expone DOMÉNECH PASCUAL, «Las tasas Judiciales a juicio», *InDret*, núm. 1, 2017p. 15, «*la capacidad de trabajo de los Tribunales es limitada: si aumenta el número de asuntos que han de atender, tardarán más en resolverlos todos o podrán dedicar menos horas a preparar cada uno de ellos, o las dos cosas. La congestión provocada por el actor puede generar, por lo tanto, un incremento del tiempo necesario para resolver este y otros procedimientos, así como una disminución del acierto y la calidad de las resoluciones judiciales adoptadas. Ello seguramente perjudicará: i) a quienes son partes en esos procedimientos; ii) a quienes podrían serlo, pero no lo van a ser como consecuencia de los retrasos y la incertidumbre generada por la escasa calidad de la Administración de Justicia, que podrán ejercer un cierto efecto disuasorio o desalentador (chilling effect) sobre su derecho a recabar la tutela judicial; y iii) a otras personas que se podrían beneficiar si los Tribunales sentaran puntualmente reglas jurisprudenciales claras, acertadas y bien fundamentadas, que mitiguen el riesgo de que se lleven a cabo conductas antijurídicas y de que surjan ciertos conflictos y litigios*».

⁷ CARRETERO MORALES, «¿Puede contribuir el nuevo modelo de obligatoriedad mitigada de la mediación a mejorar la eficiencia del proceso civil? Breve análisis del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación», en JIMÉNEZ CONDE/BELLIDO PENADÉS (dirs.) y LLOPIS NADAL/DE LUIS GARCÍA, *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 581; ORTUÑO MUÑOZ, «Comentarios al Anteproyecto de Ley de Eficacia Procesal», *La Ley Mediación y Arbitraje*, núm. 7, 2021, p. 4.

la Jurisdicción no como medio de solucionar un determinado conflicto, sino con otros fines diferentes, lo que estaría produciendo un uso abusivo de la Administración de Justicia⁸. Con la reforma se pretende, pues, una resolución de ciertos litigios en vía extrajudicial, que se estima más adecuada, sea por la poca complejidad de los asuntos que se judicializan o por las posibilidades de acuerdo previo que existen.

Naturalmente, esta declaración de intenciones esencialmente productivista o eficientista es aderezada con elementos bañados de una retórica que ensalza las bondades de los medios autocompositivos de solución de conflictos. Se trataría de «*incorporar los valores de solidaridad y de humanismo entre los que la Justicia es la espina dorsal y el elemento imprescindible de la paz social*». De este modo se invita a la ciudadanía a que «*antes de entrar en el templo de la Justicia*» pasen por «*el templo de la concordia*», en una almibarada máxima que deriva, según parece, de los principios «*de la Ilustración y del proceso codificador*».

La LMME afirma extender el concepto de Administración de Justicia, yendo más allá de la clásica «*justicia contenciosa*» para incorporar en su seno la «*justicia deliberativa*», aunque en realidad lo que se pretenda no sea más que una desjudicialización de la resolución de una parte de los conflictos que se producen en el seno de la sociedad. Se quiere introducir así en vía legislativa el denominado sistema de *multi-door justice*⁹, según el cual la tutela jurídica se desvincula de la tutela judicial, en la medida en que los órganos jurisdiccionales pierden el monopolio de la impartición de Justicia. La resolución de conflictos pasa a ser responsabilidad de toda la sociedad y de todas las profesiones jurídicas: «*los colegios profesionales cumplen de esta forma una función de servicio a la ciudadanía, albergando en el seno de sus instituciones mecanismos de solución de controversias, promoviendo y facilitando el diálogo social, a la vez, fortaleciendo el importante papel que desempeñan en una sociedad democrática*». Los MASC, en consecuencia, aparecen llamados a cumplir una función mayor que la simple composición de controversias individuales, para favorecer un clima social de concordia, «*romper la dinámica de confrontación y la crispación*» que presumiblemente está instalada en nuestra sociedad: «*que invade en nuestros tiempos las relaciones sociales*». La Justicia no se identifica ya únicamente con los juzgados y tribunales depositarios de la función jurisdiccional del Estado, sino que se amplía para incluir a los MASC, que se complementarán con el proceso judicial, pasando este incluso a un plano subsidiario con respecto a aquellos, en cuanto deberán ser de uso preferente. Jurisdicción y MASC vendrían a constituir un sistema unitario y global¹⁰. La tutela jurídica de los derechos e intereses legítimos

⁸ Como ejemplos de usos abusivos del proceso civil, señala ORTUÑO MUÑOZ, *La Ley Mediación y Arbitraje*, núm. 7, 2021, p. 7, los derivados de la utilización del sistema judicial como gestoría de recobro de morosos, al haberse reducido la dimensión de los departamentos de impagados de las entidades financieras, las estrategias comerciales de determinadas firmas jurídicas en la defensa de los derechos de las personas consumidoras y usuarias, o la extensión del beneficio de justicia gratuita a más de la mitad de la población, aspectos todos ellos que han provocado una litigiosidad de escaso contenido jurídico.

⁹ PEREA GONZÁLEZ, «Breve comentario al concepto de abuso del servicio público de justicia en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal», *Diario La Ley*, núm. 9774, 2021p. 2; LÓPEZ YAGÜES, «Mediación y otros MASC bajo el paraguas de un nuevo concepto del derecho de acceso a la justicia y el deber de asegurar la eficacia y sostenibilidad del sistema», en CALAZA LÓPEZ/ORDEÑANA GEZURAGA/SIGÜENZA LÓPEZ (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 143-144

¹⁰ ORTUÑO MUÑOZ, *La Ley Mediación y Arbitraje*, núm. 7, 2021, p. 4.

no será ya únicamente la tutela judicial, sino que se verá satisfecha con el acceso de los ciudadanos a diversos modos de resolución de conflictos¹¹.

Un tercer elemento, que debe considerarse muy significativo de los fundamentos ideológicos de la reforma, es el de procurar que los ciudadanos «*se sientan protagonistas de sus propios problemas*¹² – ¿no lo son en el proceso judicial? – y *asuman de forma responsable la solución más adecuada de los mismos*». Los ciudadanos se convierten de este modo en corresponsables de la sostenibilidad del servicio público de Justicia¹³, debiendo evitar acudir al mismo si pueden resolver sus controversias de otra forma¹⁴ y siendo penalizados cuando no lo hagan así, para lograr que las medidas proyectadas sean realmente eficaces y «*que no se degraden ni transformen en meros requisitos burocráticos*». Es decir, aquellos que puedan acudir a los MASC y no lo hagan, o no acepten una solución posible en su seno que no difiera en esencia de lo acordado posteriormente en vía judicial, habrán puesto de relieve un uso irresponsable del servicio público de Justicia, que se sancionará a través del régimen de imposición de costas procesales, o incluso de multas coercitivas, vía art. 247 LEC (que se modifica por el art. 22.20 LMME, para incluir el concepto de abuso del servicio público de Justicia como parte del supuesto de hecho que posibilita la imposición de multas por incumplimiento de la buena fe procesal).

En realidad, lo que trasluce la exposición de motivos de la LMME y las soluciones incluidas para aumentar la eficiencia de la Justicia es una estrategia privatizadora de la Administración de Justicia¹⁵. Se trata de reducir el campo de actuación de los órganos jurisdiccionales¹⁶, de la, digamos, parte pública del sistema, ahora considerado como un todo, para ampliar las soluciones privadas a las que las partes puedan llegar por sí mismas o con ayuda de profesionales que ya no serán personal jurisdiccional, ni siquiera miembros de la función pública, y cuyos honorarios no serán tampoco soportados, en principio, por las administraciones.

Se pretende así una reducción de los costes del «servicio público de Justicia», a través de dos vías. Por un lado, aminorando sustancialmente el importe de tramitación de cada caso, dado que

¹¹ CALAZA LÓPEZ «¿Una multa por litigar? Sí, Usted ha incurrido en un abuso de la Justicia como servicio público cuando debería haber procurado la desjudicialización de su conflicto», *Nueva Fiscalidad*, núm. 2, 2024, pp. 50-51. Sobre los MASC como medios adecuados para garantizar el acceso a la Justicia, puede verse TIerno BARRIOS, «Los medios alternativos de resolución de conflictos como vertiente del derecho de acceso a la justicia en una sociedad intercultural», en YURREBASO, (dir.) SEIXAS VICENTE/CABEZAS VICENTE (coords.), *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género IV interculturalidad y Derechos Humanos*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2021, p. 144; CARRETERO MORALES, *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?*, pp. 580 ss; ORTUÑO MUÑOZ, *La Ley Mediación y Arbitraje*, núm. 7, 2021, p. 17.

¹² En cuanto a la idea de los MASC como mecanismos que pueden servir para el empoderamiento de las personas, puede verse también TIerno BARRIOS, *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género IV interculturalidad y Derechos Humanos*, 2021, p. 144.

¹³ ARMENTA DEU, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 117/118, 2025, p. 249

¹⁴ MARCOS GONZÁLEZ, «La insuficiencia de la condena en costas del PLEP para el impulso de los MASC en España», en CALAZA LÓPEZ/ORDENANA GEZURAGA/SIGÜENZA LÓPEZ (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 789.

¹⁵ A una conclusión semejante llegan, entre otros, LORCA NAVARRETE, «El elogio del eficientismo procesal del servicio privado de justicia en el anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2021, pp. 162 ss; VÉLEZ TORO, «La huida del proceso civil», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 53, 2021; VALLESPÍN PÉREZ, *Mediación mercantil y eficiencia procesal*, Wolters Kluwert, Madrid, 2022; CALAZA LÓPEZ, *Externalización de la justicia civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, p. 30.

¹⁶ HINOJOSA SEGOVIA, «Los medios adecuados de solución de controversias en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia», *La Ley Mediación y Arbitraje*, núm. 11, 2022.

resolver un asunto a través de un MASC es sensiblemente más barato que hacerlo a través de un proceso judicial¹⁷. Por otro lado, se espera un ahorro en los fondos públicos, al no tener que redimensionarse la capacidad de la Administración de Justicia y sus medios materiales y personales al nivel real de litigiosidad¹⁸. No debe descartarse, además, que parte de estos gastos se transfieran, al menos parcialmente, a las Comunidades Autónomas y a los propios usuarios y usuarias del servicio – a los y las justiciables –¹⁹. Así, el art. 11 LMME establece que cuando las partes acudan al proceso negociador asistidas por sus abogados o abogadas habrán de abonar sus respectivos honorarios, salvo que se tenga derecho al beneficio de justicia gratuita²⁰. Igualmente, aunque el precepto señala que «*se asegurará la existencia de mecanismos públicos para la solución de conflictos de acceso gratuito para las partes*», en el caso de que acudan a otro mecanismo en el que intervenga una tercera persona neutral, sus honorarios serán asumidos por las partes intervinientes.

La asunción de los gastos derivados del recurso a los MASC por parte de las administraciones públicas debe considerarse en estos momentos, cuanto menos, incierta, ya que por un lado, aunque la DA 2ª LMME señala que «*las Administraciones con competencias en materia de Justicia podrán establecer, en su caso, cuanto tengan por conveniente para sufragar el coste de la intervención de dicho tercero neutral, en todo o en parte, con cargo a fondos públicos y para aquellas personas en quienes concurren los requisitos que se establezcan a tal efecto, en la medida en que los medios adecuados de solución de controversias permitan reducir tanto la litigiosidad como sus costes, siempre de acuerdo con las disponibilidades presupuestarias*», no existe ninguna garantía legal ni verdadera obligación presupuestaria de financiación²¹. Por otro lado, a pesar de que el señalado art. 11 LMME prevé la existencia de mecanismos públicos de acceso gratuito y universal, a través de los servicios de medios adecuados de solución de controversias (DA 3ª LMME), lo cierto es que no queda nada claro ni el cómo, ni el cuándo ni, sobre todo, el quién estará obligado a la creación y si estos, cuando se creen, estarán dotados con los medios necesarios para no convertirse en una nueva fuente de dilaciones procesales. Ha de señalarse, además, que el requisito de procedibilidad ha entrado ya en vigor, sin que la creación de estas alternativas gratuitas y universales se hayan generalizado, más allá de la conciliación ante el LAJ.

¹⁷ De acuerdo con el informe del PARLAMENTO EUROPEO, *Rebooting' the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU*, Bruselas, 2014, el coste global medio de un procedimiento judicial para la Administración de Justicia es de 9.179€, frente a los 6.124€ que supondría un procedimiento de mediación. Para España, las cifras que refiere el informe son todavía más significativas: 8.015€ como coste del procedimiento judicial, frente a los 1.833€ del procedimiento de mediación. Vide HERRERA DE LAS HERAS, *InDret*, núm. 1, 2017, pp. 10 ss y PÉREZ DAUDÍ, *InDret*, 2, 2019, p. 6.

¹⁸ VÉLEZ TORO, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 53, 2021, p. 7.

¹⁹ Como señala MARTÍNEZ PALLARÉS, «El debate sobre las costas procesales, desde la perspectiva ADR», *Práctica de Tribunales*, núm. 131, 2018, p. 14, los MASC tienen costes económicos, más allá del pago de los honorarios que corresponden a los profesionales que participan en su desarrollo (terceros neutrales, asesores de las partes, peritos, etc.). Hay que sumarle el coste de la incertidumbre, porque nada garantiza que se vaya a llegar a un acuerdo, pese a los recursos invertidos, el coste del acuerdo en sí mismo, en términos de cesión de derechos y, en el mejor de los supuestos, los costes propios de documentación del acuerdo. Y todo ello, sin posibilidad de repercutir los gastos propios a la otra parte. LÓPEZ YAGÜES, *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la jurisdicción civil*, p. 159, apunta que es un error cargar sobre la ciudadanía la financiación de los MASC sin acompañar compensaciones de carácter fiscal u otras que sirvan de paliativo a este gasto, en contraprestación al ahorro que, para el servicio público de Justicia supone canalizar la resolución de las controversias a través de fórmulas negociales.

²⁰ A estos efectos, la DF 10 introduce un nuevo apartado 11 al art. 6 LAJG, para incluir en el ámbito de esta la intervención de profesionales de la abogacía en los MASC.

²¹ De «*brindis al sol*», «*trampa*» o «*simple papel mojado*» lo califica VALLESPÍN PÉREZ, *Mediación mercantil y eficiencia procesal*, p. 85.

Se impone, pues, una visión efficientista de la Administración de Justicia, pero también de la introducción de los MASC en el sistema. La promoción de este tipo de medios de solución de conflictos no se realiza principalmente por sus valores intrínsecos o por los beneficios que puedan reportar para quienes los utilicen, sino como instrumento de descongestión de juzgados y tribunales²². En este sentido, ya no importa tanto dar una respuesta adecuada a cada conflicto, en virtud de su naturaleza y de las circunstancias particulares de cada uno de ellos, lo que está en la base de las teorías de *multi-door justice*, como aligerar de asuntos al sistema público, independientemente de las consideraciones de Justicia en las soluciones a las que se puedan llegar²³.

2.2. La Justicia: ¿servicio público o Poder?

Este cambio de paradigma no hubiese sido posible sin la inclusión del concepto de servicio público de Justicia como eje vertebrador de la reforma propuesta. De acuerdo con este punto de vista, la Administración de Justicia ofrece a la ciudadanía un servicio público²⁴, en este caso, el de la resolución de conflictos jurídicos. La discusión, de este modo, se centra en cuál es el modo más correcto y eficiente de prestación de este servicio público al que el Estado viene obligado²⁵. Esta concepción por un lado posee un indudable valor en términos de garantizar los derechos de los ciudadanos, pero por otro, olvida la verdadera posición de la Jurisdicción en la estructura del Estado.

²² Como afirma VALLESPÍN PÉREZ, *Mediación mercantil y eficiencia procesal*, pp. 37 y 41, el éxito de la mediación [y de los MASC, podríamos añadir] debe hacerse descansar en la bondad del propio instrumento y no tanto en los defectos de funcionamiento de la Administración de Justicia. Desjudicializar sólo será posible si contamos de verdad con un sistema capaz de generar confianza en los que acudan a él y bien dotado de medios materiales y personales. En sentido semejante, BARONA VILAR, «La incorporación de la mediación en el nuevo modelo de Justicia», en Blasco Gascó, Francisco de Paula (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, v. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 237; HINOJOSA SEGOVIA, *La Ley Mediación y Arbitraje*, núm. 11, 2022, p. 26.

²³ Tal y como señala el propio VALLESPÍN PÉREZ, *Mediación mercantil y eficiencia procesal*, p. 85, el prelegislador se habría decantado más por la eficiencia procesal que por la eficacia de la Justicia. Es decir, haría pivotar la reforma procesal no en la importancia de alcanzar resoluciones justas y respetuosas con las garantías procesales, sino en conseguir ahorrar al Estado tiempo y dinero. La meta sería «*movilizar un número menor de recursos públicos para alcanzarla*». Esta conclusión se vería reforzada por la circunstancia de que la desjudicialización no siempre se hace en favor de un medio verdaderamente negocial o de resolución del conflicto, sino de ofertas vinculantes o de requerimientos o reclamaciones previas, ausentes de cualquier valor conciliador. *Vide*, al respecto, CASTILLEJO MANZANARES, «Los métodos adecuados de solución de conflictos según el proyecto de eficiencia procesal», en CALAZA LÓPEZ/ORDENANA GEZURAGA (dirs.) y MUINELO COBO/SUBERBIOLA GARBIZU (coords.), *Externalización de la justicia civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 313 y ORDENANA GEZURAGA, «Tuvimos un sueño... y se convirtió en pesadilla o sobre la ordenación de las técnicas extrajudiciales en el ámbito privado mediante la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia», *La Ley Mediación y Arbitraje*, núm. 22, 2025.

²⁴ ESCUDERO MORATALLA/FERRER ADROHER, «La Administración de Justicia como servicio público», *Diario La Ley*, núm. 9681, 2020, pp. 2 ss.

²⁵ Un ejemplo de este enfoque puede verse en TAJADURA TEJADA, «Reflexiones en torno a la configuración de la justicia como servicio público», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 8-9, 2001-2002, pp. 177 ss: «Una aproximación a la modernización de la Justicia no debería diferir de la que pudiera hacerse, por ejemplo, a la modernización de la Sanidad o de otros servicios públicos. Se trata de funciones básicas del Estado encaminadas a garantizar una digna calidad de vida a los ciudadanos que son encomendadas a funcionarios públicos (jueces y magistrados en un caso, médicos en otro) que va a tener en sus manos la vida y la libertad de los ciudadanos. En ambos casos lo que el ciudadano va a exigir es una correcta prestación del servicio público correspondiente, sanitario o judicial. Toda la problemática de la organización del servicio va a estar subordinada a ese objetivo». Pueden verse afirmaciones semejantes también en SOSA WAGNER, «Poder Judicial, Jueces y servicio público», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 109, 2006, pp. 85 ss.

En efecto, poner de manifiesto la existencia de un verdadero servicio a la ciudadanía en la actuación de la Justicia conecta directamente con la naturaleza prestacional del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE²⁶. La necesidad constitucional de que la tutela de los derechos e intereses legítimos que se presta por juzgados y tribunales sea realmente efectiva y que los procesos judiciales se desarrollen dentro de plazos razonables (sin dilaciones indebidas), introduce una serie de obligaciones para los poderes públicos sobre el funcionamiento de la Justicia²⁷. Deben procurarse al Poder Judicial una estructura organizativa y unos medios materiales y personales que permitan su funcionamiento de modo correcto, eficaz y en plazos razonables²⁸. Ya no importa sólo la posición estructural de la Jurisdicción en cuanto poder del Estado, sino que es fundamental considerar si se cumple con la promesa constitucional de ofrecer a la ciudadanía una tutela verdaderamente «efectiva» de sus derechos. En este sentido, considerar la vertiente prestacional de la Jurisdicción no supone una degradación de sus funciones ni de su papel sistémico²⁹, sino que, al contrario, permite aumentar su legitimidad al centrarse en el justiciable³⁰ y no en sí mismo. No es posible, en consecuencia, obviar el modo y la forma en la que el Poder Judicial ejerce sus funciones, sino que deben ponerse los medios para que este ejercicio cumpla con su deber de atender las necesidades ciudadanas.

Lo anterior, no obstante, no supone que puedan alcanzarse estos objetivos prestacionales de cualquier forma, y ello por dos razones que a continuación se expondrán. La primera, porque el derecho a la tutela judicial efectiva tampoco puede ser satisfecho de cualquier manera, sino únicamente en el marco del igualmente trascendental derecho a un proceso justo³¹. Es decir, el primer límite a las consideraciones eficientistas del servicio público de Justicia es que este solo puede ser prestado dentro de un sistema de derechos y garantías que son inevitables, en cuanto configuradoras de su contenido esencial. En consecuencia, cualquier intento de mejorar las prestaciones del servicio se verá abocado a respetar los principios procesales de audiencia, contradicción, defensa, imparcialidad y demás que forman parte del proceso debido.

La segunda razón es que la vertiente prestacional de la Jurisdicción no agota su configuración constitucional³². El Poder Judicial ofrece un servicio a la ciudadanía, pero no es únicamente un

²⁶ LÓPEZ GUERRA, *Revista de Derecho Político*, núm. 47, 2000, p. 194.

²⁷ LÓPEZ GUERRA, *Revista de Derecho Político*, núm. 47, 2000, p. 31. Tal y como señala este autor, el propio Tribunal Constitucional en STC 45/1990, de 15 de marzo, acogió este posicionamiento, al afirmar que la provisión de medios suficientes a juzgados y tribunales era algo estrictamente vinculado a la efectividad de la tutela judicial. Puede verse también al respecto lo señalado por ORTELLS RAMOS, *Introducción al derecho procesal*, Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 46. Tal y como afirma REBOLLO ÁLVAREZ, *Proceso civil, economía y mercado*, 2024, p. 43, el funcionamiento del servicio público de Justicia, y por lo tanto del Poder Judicial, debe realizarse bajo el principio de atención al ciudadano, de forma accesible, cercana y competente.

²⁸ Vide CANALES ALIENDE, «La administración de la Justicia: hacia una visión gerencial del servicio público de la justicia», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 73, 1991, pp. 213 ss; MILIONE, «La función judicial en el marco del Estado social y autonómico español: ¿Poder o servicio público?», *Estudios de Deusto*, núm. 62-2, 2014, p. 315.

²⁹ SAAVEDRA LÓPEZ, «La administración de justicia, ¿servicio público o poder del estado?», *Jueces para la democracia*, núm. 65, 2009, p. 24.

³⁰ TAJADURA TEJADA, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 8-9, 2001-2002, p. 32.

³¹ LÓPEZ GUERRA, *Revista de Derecho Político*, núm. 47, 2000.

³² Como afirma la STC (Pleno) 20/2012, de 16 de febrero, (BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2012), «el acceso a la jurisdicción no es equivalente a la prestación de un servicio público por la Administración, a que se trata de la puesta en marcha de un proceso ante un poder del Estado en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva». Vide al respecto, GONZÁLEZ ALONSO, «Las tasas judiciales (o sobre la aflicción) desde la perspectiva constitucional», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, 2013, pp. 160 ss.

mecanismo de resolución de conflictos. La Administración de Justicia forma parte del entramado institucional de equilibrios de un Estado Democrático. Ejerce un control sobre el Poder Ejecutivo. Complementa al Legislativo al aplicar la ley al caso concreto. Es garantía de la paz social³³ y contribuye de modo determinante a afirmar el Derecho y asegurar la vigencia de la ley en el seno de la sociedad. La Jurisdicción es mucho más que una refinada institución de expertos en el ámbito de la resolución de conflictos, que puede ser sustituida por otras instituciones o personas igualmente diligentes en su ámbito. El Poder Judicial dice el Derecho, es garantía de los derechos de la ciudadanía y de su igualdad ante la ley³⁴.

La desjudicialización de la función declarativa del derecho, por lo tanto, no es sólo una cuestión de eficiencia, sino que afecta a la propia esencia del Poder Judicial. Cuando se afirma que ciertos asuntos pueden ser resueltos por otros medios, debido a su sencillez por su sencillez³⁵ o porque no implican un verdadero conflicto jurídico se olvida que el juez no es sólo un experto jurídico. De hecho, la capacidad jurídica del juez, siendo importante, no es lo que define su posición institucional. En este sentido, no necesariamente puede afirmarse una mayor pericia técnica del personal jurisdiccional respecto de otras profesiones jurídicas. La legitimidad del juez viene dada por el ejercicio de la potestad jurisdiccional como poder soberano del Estado³⁶, por tener la capacidad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y con ello, resolver el litigio en el caso concreto, pero también contribuir a la realización y vigencia de la norma jurídica, con lo que su actuación tiene una dimensión pública que desborda el interés de las partes.

El mayor peligro de las visiones gerencialistas del servicio público de Justicia no viene, pues, de un posible ataque a la independencia judicial, por asimilación con la administración pública³⁷, ni de la injerencia del poder político en el quehacer judicial³⁸. El riesgo está en la pérdida de vigencia de la función jurisdiccional³⁹, y en la privatización de su prestación, siempre posible en el ámbito de los servicios públicos⁴⁰, reduciendo su ámbito de actuación bajo la coartada de una mayor libertad de las partes para la solución de sus conflictos⁴¹ o de la presunta superior eficiencia de los medios privados para acometer esta tarea⁴². Desde luego, no puede negarse la virtualidad de las fórmulas autocompositivas en ciertas circunstancias para lograr un tratamiento más humano del conflicto y ofrecer soluciones provechosas para las partes. Tampoco que en determinados

³³ VALLESPÍN PÉREZ, *Mediación mercantil y eficiencia procesal*, p. 41.

³⁴ Tal y como señala ARMENTA DEU, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 117/118, 2025, p. 245, la reorientación hacia el servicio público de Justicia puede diluir el verdadero papel del Poder Judicial, conduciendo eventualmente a que su actividad se valore no única, pero primordialmente por parámetros de eficiencia y no tanto por los que atienden a las garantías de los justiciables y de la correcta aplicación de la ley en las decisiones judiciales.

³⁵ Vide ORTUÑO MUÑOZ, *La Ley Mediación y Arbitraje*, núm. 7, 2021, p. 4.

³⁶ PÉREZ ESTRADA, «La Justicia, ¿un servicio público?», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 57, 2022, p. 18.

³⁷ BUENO OCHOA, «La efectividad de la tutela judicial acorralada por la eficacia y la eficiencia», en GRANDE YÁÑEZ/DÍEZ RIAZA, (coords.), *Tutela judicial efectiva. Resistencia y expansión*, Dykinson, Madrid, 2024, p. 200.

³⁸ Estas han sido, en general las razones esgrimidas por la doctrina más crítica con el concepto de servicio público de Justicia, como puede verse en FAIRÉN GUILLÉN, «La justicia no es un servicio público: examen provisional del proyecto de reforma procesal. (En situación parlamentaria de “enmiendas”)», *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, núm. 39, 2009, pp. 636 ss; PÉREZ ESTRADA, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 57, 2022, pp. 8 ss.

³⁹ ASENCIO MELLADO, «Eficiencia, poder judicial y proceso», *Práctica de Tribunales*, núm. 148, 2021.

⁴⁰ OLIVEROS ROSELLÓ, «Sobre el servicio público de justicia», *Diario La Ley*, núm. 9888, 2021, p. 3.

⁴¹ VÉLEZ TORO, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 53, 2021, p. 7.

⁴² SAAVEDRA LÓPEZ, *Jueces para la democracia*, núm. 65, 2009, pp. 29 ss.

supuestos hayan existido abusos procesales, habiendo utilizado ciertos litigantes su posición de superioridad en el mercado para obligar a los más débiles a acudir a los tribunales para ver satisfechos derechos que deberían haber sido atendidos voluntariamente. Pero el reconocimiento de ambas situaciones no implica aceptar que la única consecuencia válida de estas afirmaciones es obligar a la ciudadanía a resolver por sí mismos sus conflictos.

Como se señaló anteriormente, reducir el papel del Poder Judicial en la afirmación de la solución jurídicamente acertada, es decir, en la situación justa, para convertirlo en ejecutor de decisiones acordadas previamente por las partes es contrario a un correcto entendimiento de la función jurisdiccional⁴³. Acudir necesariamente a la autocomposición puede ser útil para reducir el número de asuntos que ingresan en el sistema judicial, pero no asegura la integridad de los derechos de la ciudadanía ni protege a las partes más débiles en el tráfico jurídico y económico⁴⁴. Olvida también las funciones públicas del Poder Judicial y su papel como garantía de la vigencia de la ley⁴⁵.

3. El recurso previo a los MASC como requisito de procedibilidad en el proceso civil

Como se ha apuntado anteriormente, el balance de la utilización de los MASC, y concretamente de la mediación, en la última década (larga) no puede decirse que haya sido positivo desde el punto de vista numérico. Ni la Ley de Mediación del año 2012 ni las directivas europeas que han abordado esta materia – Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo⁴⁶ – han logrado un uso significativo de los instrumentos de resolución de conflictos alternativos al proceso, al menos en lo relativo a su impacto sobre la sobrecarga de la Administración de Justicia. En respuesta a esta situación se ha consolidado una corriente de opinión favorable a la obligatoriedad de la mediación y del uso de

⁴³ Como señala VÉLEZ TORO, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 53, 2021, p. 15, en estos esquemas, el marco de la tutela judicial efectiva puede quedar reducido a la mera tutela ejecutiva, a fin de garantizar el cobro a los acreedores con una ejecución más rápida y eficaz de los créditos contra morosos. «Desde esta óptica, lo realmente importante es que los sectores económicos dominantes cuenten con resortes procesales que les proporcionen mayores cotas de seguridad jurídica y judicial -sabiendo de antemano el resultado de los diferentes litigios-. Para conseguir dicho objetivo, la tutela judicial debe ser predominantemente ejecutiva -sin posibilidad de discutir los diferentes créditos constituyan títulos ejecutivos; es decir, tengan el valor de las sentencias (sin el previo proceso declarativo) y puedan ser ejecutados por los órganos judiciales, sin posibilidad de que los deudores puedan optar a un juicio justo en el que poder exponer sus razones e instar la tutela de sus maltrechos derechos».

⁴⁴ En palabras de VÉLEZ TORO, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 53, 2021, p. 20, «a estas alturas resulta demasiado obvio que la Jurisdicción constituye una amenaza real para las grandes fuerzas económicas, que corren el riesgo de ser puestas en pie de igualdad con la otra parte ante la autoridad judicial, que podrá enjuiciar sus conductas y sus posibles abusos».

⁴⁵ Como afirma VÉLEZ TORO, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 53, 2021, p. 8, la consecuencia de la desjudicialización es la «deslegalización» o pérdida del papel central de la Ley, con la consiguiente pérdida de eficacia del ordenamiento jurídico, a través del beneficio de la libertad y disponibilidad más absolutas sobre las situaciones jurídicas en conflicto. En sentido semejante, vide VALLESPÍN PÉREZ, *Mediación mercantil y eficiencia procesal*, p. 26 y ARMENTA DEU, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 117/118, 2025, p. 245

⁴⁶ Traspuesta al derecho español por la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

otros MASC. En este sentido se han pronunciado las instituciones europeas, con cierta cautela⁴⁷, pero avalando la posibilidad de que las legislaciones de los Estados Miembros introdujesen el uso previo de la mediación como un requisito para la presentación de una demanda judicial⁴⁸, siempre que con ello no se obstruyese *de facto* el derecho de acceso a la jurisdicción, aspecto que será examinado en la última parte de este trabajo. Del mismo modo, el éxito relativo que esta medida ha tenido en alguno de los lugares donde se ha implantado, siendo significativo el caso italiano⁴⁹, ha contribuido también a que el pre-legislador español se haya decantado por esta opción.

La LMME introduce en su art. 4 un nuevo requisito de procedibilidad en la generalidad de los procesos civiles, al señalar que «*para que sea admisible la demanda se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias de los previstos en el artículo 2*». Al mismo tiempo, modifica determinados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil para adecuar la normativa procesal a esta nueva exigencia. La ley se refiere acertadamente a un requisito de procedibilidad y no a un presupuesto procesal, al contrario de lo sostenido por algunas opiniones doctrinales⁵⁰, ya que el recurso previo a un MASC en nada afectará a la correcta composición de la relación jurídico-procesal, sino que será un impedimento procedimental que se introduce, debido a las consideraciones de política legislativa ya señaladas, cuya ausencia, por lo tanto, no debería provocar la nulidad de las actuaciones, en su caso realizadas.

De todas formas, no se trata de una exigencia completamente novedosa en el proceso civil español, puesto que durante prácticamente toda la vigencia de la LEC de 1881 fue obligatorio para el demandante intentar una conciliación previa antes de interponer la demanda, requisito que fue eliminado en 1984, debido a la poca efectividad práctica del mismo, dado que en realidad se había convertido en un formalismo carente de contenido⁵¹. En los últimos años, alguna

⁴⁷ Cfrt. BELLIDO PENADÉS, *Medios alternativos de solución de conflictos y derecho a la tutela judicial efectiva en derecho privado (español y de la Unión Europea)*, pp. 27-28.

⁴⁸ PARLAMENTO EUROPEO, *Rebooting' the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU*, Bruselas, 2014; HERRERA DE LAS HERAS, *InDret*, núm. 1, 2017, p. 7.

⁴⁹ La mediación obligatoria previa al proceso judicial fue introducida en Italia por el art. 5 del Decreto Legislativo n° 18 de 4 de marzo de 2010, aunque estuvo suspendida por sentencia de la Corte Costituzionale 272/2012, de 6 de diciembre, siendo reintroducida nuevamente por Decreto 69/2013, de 21 de junio. De acuerdo con los datos aportados por MATTEUCCI, Giovanni, «MASC: Métodos alternativos o adecuados de solución de controversias. Spain and Italy», en PÉREZ MARTELL, (coord.), *Eficiencia procesal. Modernización de la Justicia*, J.M. Bosch, Barcelona, 2021, p. 142, tras estas modificaciones legislativas, en el año 2011 se iniciaron más de 60.810 procedimientos de mediación, alcanzándose un total de 9.912 acuerdos, mientras que durante el año 2013, tras la declaración de inconstitucionalidad bajaron a 41.604 casos y 5.700 acuerdos para volver a subir con la reintroducción de la obligatoriedad hasta los 196.247 procedimientos y 20.421 acuerdos en 2015, cifra que se ha venido manteniendo estable en los años posteriores. Estos números son incomparables a los de uso de mediación en cualquier otro país europeo, como puede verse en PARLAMENTO EUROPEO, *Rebooting' the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU*, Bruselas, 2014.

⁵⁰ En la doctrina se inclinan por esta caracterización, entre otros, BANACLOCHE PALAO, «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿Una vuelta al pasado?», *Diario La Ley*, núm. 9814, 2021, p.4; VALLESPÍN PÉREZ, *Mediación mercantil y eficiencia procesal*, p. 67; SÁNCHEZ VALLE, «¿Mediación voluntaria o preceptiva?: Reflexiones a la luz del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 103, 2022, pp. 30 ss.

⁵¹ ÁLVAREZ GARCÍA, «La premediación como presupuesto procesal de admisibilidad versus el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción», en *La mediación como método para la resolución de conflictos*, 2017, p. 86.

legislación sectorial ha recuperado también la necesidad de mediación obligatoria, como es el caso de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, para el caso de los conflictos de consumo que tengan lugar en el sector financiero, o vengán referidos a la aplicación de los Reglamentos de la UE en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo, siempre que lo solicite un consumidor⁵². También en la normativa autonómica se han podido observar supuestos de cierta obligatoriedad de la mediación. Así, la Ley Vasca 7/2015 de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, señala en su art. 6.1 que *«el sometimiento a la mediación familiar será obligatorio con anterioridad a la presentación de acciones judiciales cuando así se hubiera pactado expresamente antes de la ruptura»*. Por su parte la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, en su art. 132.4.3 señala que, en el marco de ejecuciones hipotecarias de viviendas habituales, *«las partes en conflicto, antes de interponer cualquier reclamación administrativa o demanda judicial, deben acudir a la mediación o pueden acordar someterse al arbitraje. Una vez transcurrido el plazo de tres meses a contar de la notificación del acuerdo de inicio de la mediación sin haber alcanzado un acuerdo satisfactorio, cualquiera de las partes puede acudir a la reclamación administrativa o a la demanda judicial»*. Debe señalarse de todas formas, que los incisos resaltados, referidos a las demandas judiciales, han sido declarados inconstitucionales por STC (Pleno) 54/2018, de 24 mayo de 2018 (BOE núm. 151, de 22 de junio de 2018)⁵³.

Como se ha indicado, el requisito introducido por el art. 1 LMME se acompaña de una serie de modificaciones de la LEC para hacerlo efectivo. En primer lugar, se varía la redacción de los arts. 264.4 (art. 22.22 LMME) y 399.3 LEC (art. 22.29 LMME), en cuanto a los requisitos materiales y los documentos procesales a acompañar con la demanda, señalando el último de los preceptos mencionado que *«se hará constar en la demanda la descripción del proceso de negociación previo llevado a cabo o la imposibilidad del mismo, conforme a lo establecido en el ordinal 4.º del artículo 264, y se manifestarán, en su caso, los documentos que justifiquen que se ha acudido a un medio adecuado de solución de controversias, salvo en los supuestos exceptuados en la ley de este requisito de procedibilidad»*. En consecuencia con esta prescripción, el nuevo art. 403.2 LEC (art. 22.30 LMME) establece que *«no se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquellas, cuando no se hagan constar las circunstancias a las que se refiere el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 399 en los casos en que se haya acudido a un medio adecuado de solución de controversias por exigirlo la ley como requisito de procedibilidad o cuando no se hayan efectuado los requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales»*, y para el caso específico de reclamaciones de devolución de cantidades indebidamente satisfechas por personas consumidoras en aplicación de cláusulas suelo u otras que se consideren abusivas en contratos garantizados por hipotecas inmobiliarias, no se admitiría tampoco la demanda *«cuando no se acompañe (...) documento que justifique haber practicado el consumidor una reclamación previa extrajudicial a la persona física o jurídica que realice la actividad de concesión de préstamos o créditos de manera profesional, con el fin de que reconozca expresamente el carácter abusivo de dichas cláusulas, con la consiguiente*

⁵² Vide SIGÜENZA LÓPEZ, «Derecho de acceso a los tribunales y mediación obligatoria con carácter previo al ejercicio de acciones ante la jurisdicción. Normativa europea», en JIMÉNEZ CONDE (dir.) y FUENTES SORIANO/GONZÁLEZ CANO (coords.), *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales. I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018,, p. 538).

⁵³ Vide PÉREZ DAUDÍ, *InDret*, 2, 2019, p. 15.

devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor» (art. 439.5 LEC, modificado por art. 22.35 LMME), dado que en estos casos la reclamación extrajudicial previa servirá como MASC a los efectos de entender cumplido el requisito de procedibilidad.

Esta exigencia procesal se aplicará a la generalidad de los procesos civiles (art. 5.1 LMME), aunque la propia ley recoge una serie de excepciones en las cuales, el recurso a los MASC o bien está prohibido o bien no es necesario. Así, de acuerdo con lo señalado por el art. 4 LMME y en consonancia con lo establecido por el art. 2 LM, *«no podrán ser sometidos a medios adecuados de solución de controversias (...) los conflictos que versen sobre materias que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable, pero sí será posible su aplicación en relación con los efectos y medidas previstos en los artículos 102 y 103 del Código Civil»*, es decir, en lo referido a la regulación de la convivencia y situación patrimonial posterior a la disolución del vínculo matrimonial y el régimen de guarda y custodia de hijos comunes y animales de compañía, ni *«podrán aplicarse dichos medios de solución de controversias, a los conflictos de carácter civil que versen sobre alguna de las materias excluidas de la mediación»*.

Además, aunque no se prohíbe, no se exige actividad negociadora previa a la vía jurisdiccional como requisito de procedibilidad, en los procesos para la tutela judicial de derechos fundamentales; para la adopción de las medidas previstas en el art. 158 CC, relativas a las relaciones paternofiliales; para la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad; para los procesos de filiación, paternidad y maternidad; para la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión; para las pretensiones con carácter sumario de demolición o derribo, en casos de ruina; para el ingreso de menores con problema de conducta en centros de protección, la entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores, o la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, ni para el juicio cambiario (aunque sí para el monitorio) (art. 5.2 LMME). Tampoco será necesario acudir a un MASC antes de la interposición de una demanda ejecutiva, la solicitud de medidas cautelares previas a la demanda, la solicitud de diligencias preliminares, para la iniciación de expedientes de jurisdicción voluntaria, con la excepción de los relativos a desacuerdo conyugal, la administración de bienes gananciales y el desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, ni previamente a la presentación de una solicitud de procedimiento monitorio europeo o de proceso europeo de escasa cuantía (art. 5.3 LMME).

Como se puede comprobar, se trata o bien de supuestos en los que la solicitud a la que se refiere el precepto no es propiamente una demanda judicial, en los que la materia sometida a proceso está más allá del poder de disposición de las partes, que responden a supuestos de urgencia o en los que por el carácter de los bienes en conflicto se pretende acelerar la tutela judicial, como en el caso de los derechos fundamentales o de la posesión, lo que desde luego deja claro cuáles son las prioridades legislativas a la hora de proteger determinados intereses jurídicos.

En todos los restantes casos, sería necesario acudir con anterioridad a la presentación de la demanda a uno de los MASC previstos en la ley, que según el art. 2 LMME, podría ser cualquier tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de una tercera persona neutral. El propio art. 14 LMME especifica algo más cuáles serán los MASC que permitan entender cumplido el requisito de procedibilidad previo a la presentación de la demanda civil, aludiendo, a la negociación previa, ya sea a través de negociación directa o por medio de sus abogados o

abogadas – cuya intervención sólo será preceptiva en el caso que se utilice como medio adecuado de solución de controversias la formulación de oferta vinculante, y siempre y cuando el asunto supere la cuantía de 2000 euros (art. 6.2 LMME) – así como de un proceso de derecho colaborativo, a la mediación regulada en la Ley 5/2012. Además, este mismo precepto hace mención expresa a la conciliación ante registrador, notario, juez de paz o letrado de la Administración de Justicia. Por su parte, los arts. 15 y ss LMME incluyen una somera regulación de la conciliación privada, de la oferta vinculante confidencial y de la opinión de persona experta independiente.

Debe tenerse en cuenta, además, que en ciertas legislaciones sectoriales se prevén mecanismos de reclamación previa que harían las veces de MASC, como ya se ha indicado anteriormente. Es el caso de determinados litigios en materia de consumo, ya que en estos casos se entenderá cumplido el requisito de procedibilidad o bien con una reclamación extrajudicial previa frente a las personas físicas o jurídicas que realicen la actividad profesional de concesión de préstamos o créditos, en los casos de reclamaciones de devolución de cantidad indebidamente satisfechas en aplicación de cláusulas abusivas, o bien con la resolución de las reclamaciones presentadas por los usuarios de los servicios financieros ante el Banco de España, la CNMV y la Dirección General de seguros y fondos de pensiones, en los términos establecidos por el art. 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, o ante la entidad que se cree en virtud de lo establecido en la DA 1.1 Ley 7/2017⁵⁴.

A efectos de poder dar por cumplido el requisito de procedibilidad, el intento de acuerdo previo debería recogerse por escrito, mediante cualquier documento firmado por ambas partes o expedido por el tercero neutral que haya intervenido en la gestión de la actividad negociadora, en los casos en que haya habido este tipo de actuación. Para el supuesto de que la parte requerida no hubiese comparecido o hubiese rehusado la participación en la actividad negociadora, será suficiente cualquier documento que pruebe que la otra parte ha recibido la solicitud o invitación para negociar o, en su caso, la propuesta, en qué fecha, y que ha podido acceder a su contenido íntegro, de cara a poder cumplir con los requisitos ya señalados del proyectado art. 403.3 LEC (art. 10 LMME). Debe entenderse, aunque la norma no lo diga, que esta misma solución será la pertinente cuando, a pesar de que ambas partes hayan comparecido o se haya iniciado de algún modo el procedimiento de negociación, alguna de ellas se niegue a firmar el documento acreditativo.

Para que el intento de acuerdo surtiese efectos enervantes, la ley exige que la demanda se presente en el plazo de un año a contar desde la fecha de la recepción de la propuesta por la parte requerida, o de la terminación del proceso de negociación sin acuerdo (art. 7.3 LMME) debiendo, además, existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio (art. 5.1 LMME). Se entiende que se produce la terminación del proceso sin acuerdo cuando transcurran treinta días naturales desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida y no se mantenga una primera reunión o contacto, o no se obtuviese respuesta por escrito; si una vez iniciada la actividad negociadora transcurrieran 30 días desde que una de las partes haga llegar una propuesta concreta de acuerdo a la otra, sin que se alcance acuerdo o se obtenga respuesta

⁵⁴ De acuerdo con lo establecido en esta norma se está tramitando actualmente en el Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley por la que se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes. (vide BOCG de 5 de abril de 2024). Al respecto de la configuración de estos concretos medios de resolución de conflictos, puede verse lo señalado por PÉREZ DAUDÍ, *InDret*, 2, 2019, pp. 30 ss.

escrita; si transcurrieran tres meses desde la fecha de celebración de la primera reunión sin que se haya logrado un acuerdo; o si cualquiera de las partes se dirigiese por escrito a la otra dando por terminadas las negociaciones (art. 10.4 LMME).

Por lo que respecta a la identidad de objeto, lo cierto es que la regulación adolece de imprecisiones y lagunas que auguran cierta dificultad a la hora de determinar si se cumple o no el requisito de procedibilidad⁵⁵. Como ya se ha señalado, el art. 5.1 LMME exige que exista una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando permite que las pretensiones que puedan ejercitarse, en su caso, en vía judicial sobre dicho objeto varíen. La formulación técnica de esta exigencia es cuestionable, dado que, en puridad, el objeto procesal se determina por la pretensión, entendida como lo que se pide, junto con la causa de pedir, con lo que no se entiende cómo se puede variar la pretensión sin modificarse el objeto procesal. La intención del legislador de evitar que pequeñas alteraciones en la formulación de la pretensión durante el proceso negociador y en la demanda judicial no permitan tener por cumplido el requisito de procedibilidad, debe entenderse acertada⁵⁶, pero la enunciación concreta de esta intención hace surgir algunas dudas⁵⁷.

En primer lugar, no se aclara si la posibilidad de modificar la pretensión alcanza sólo al *petitum* o también a la causa de pedir. En segundo lugar, tampoco se hace ninguna mención al alcance permisible de la modificación. Parece que ambos elementos de la pretensión tendrán que ser esencialmente los mismos, aunque podrían admitirse peticiones complementarias en la demanda judicial que no se hubiesen incluido en la propuesta de negociación o causas de pedir alternativas, sobre todo teniendo en cuenta que la formulación jurídica de la pretensión no podrá ser la misma en una solicitud de acuerdo que en una demanda judicial. Por otro lado, tampoco aclara la LMME, si se exige identidad de las partes incluidas en el proceso de negociación con respecto a las partes procesales, o si la demanda judicial podrá dirigirse a litisconsortes que no hayan participado del primero, aunque debe entenderse que tal supuesto tendría que ser excepcional.

Por último, no se encuentra ninguna mención en la regulación propuesta a los casos de reconvencción, en cuanto a si es requisito para la formulación de esta que las pretensiones que las partes demandadas incluyan en su escrito de contestación, en virtud del art. 406 LEC, deban haber estado presentes en el procedimiento de negociación previo. Lo cierto es que, teniendo en cuenta que en estos casos no se habrá logrado la finalidad que inspira la inclusión del requisito de procedibilidad, es decir, la evitación del proceso judicial, no parece que tenga demasiado sentido exigir al demandado reconviniendo que haya intentado previamente un acuerdo sobre la pretensión reconvenccional a través de un MASC. A esta conclusión, desde luego, ayuda el silencio del legislador al respecto. Otra cosa será si el órgano jurisdiccional pueda valorar, a efectos de

⁵⁵ Vide PICÓ JUNOY, «MASC y costas procesales en el futuro proceso civil: ¿La cuadratura del círculo?», *Diario La Ley*, núm. 9801, 2021, p. 3.

⁵⁶ DE MIRANDA VÁZQUEZ, «Las costas en el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal», en CALAZA LÓPEZ/ORDENANA GEZURAGA/SIGÜENZA LÓPEZ (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023p. 822; ARSUAGA CORTÁZAR, «A vueltas con la negociación previa como presupuesto procesal para la admisión de la demanda civil», *Boletín Derecho Privado*, núm. 3, 2023, p. 50

⁵⁷ Además, tal y como afirma CASTILLEJO MANZANARES, *Externalización de la justicia civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, pp. 309-310, el concepto de objeto procesal no es adecuado para un traslado automático al ámbito de los MASC, donde el tema de la controversia se identifica con el conflicto.

imposición de costas, si quien formula reconvencción en el proceso civil tras haber guardado silencio respecto de esta pretensión durante el proceso negociador obra o no con abuso del servicio público de Justicia.

En definitiva, la nueva regulación convierte en obligatorio que las partes intenten llegar a un acuerdo previo al proceso con anterioridad a la presentación de la demanda. Esta exigencia cuestiona, para una parte de la doctrina, la propia esencia de la mediación y demás MASC, en cuanto están presididos por la libertad y la voluntariedad de las partes para llegar a un acuerdo sobre la cuestión litigiosa⁵⁸ (art. 1 LM). Lo cierto es que la LMME introduce la obligatoriedad de que las partes procuren el acuerdo, pero no de que se mantengan en el proceso de negociación contra su voluntad ni de que efectivamente logren el arreglo, con lo que el principio de voluntariedad queda así salvado de alguna manera⁵⁹. De todas formas, esta solución está apoyada por la normativa europea sobre mediación que contempla la posibilidad de que los Estados Miembros establezcan su obligatoriedad previa a los procesos judiciales, bajo determinadas circunstancias⁶⁰. Pero no es menos cierto que la introducción del concepto de abuso del servicio público de Justicia y su influencia en la regulación de las costas procesales pretende ser un acicate a la consecución del acuerdo, erosionando en cierto modo la voluntariedad. Ello es así porque en caso de no lograrse el pacto, podrán sufrir en el posterior proceso un pronunciamiento en costas contrario a sus intereses, no recuperando los gastos en los que hubiesen incurrido como consecuencia del ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva, incluso aunque los tribunales acaben atendiendo sus pretensiones, si no han mostrado un uso responsable del proceso, es decir, cuando a pesar de que hayan ganado el pleito lo hayan hecho con “*abuso del servicio público de Justicia*”, por no haber aprovechado las posibilidades de acuerdo y, en consecuencia, de evitación del proceso a través de los MASC. Esta cuestión será abordada en el siguiente epígrafe.

4. El abuso del servicio público de Justicia

El legislador es consciente de que instaurar la obligatoriedad de acudir a un MASC como paso previo a la interposición de una demanda civil poca o ninguna incidencia va a tener sobre la

⁵⁸ HINOJOSA SEGOVIA, La *Ley Mediación y Arbitraje*, núm. 11, 2022p. 13. Como afirma BARONA VILAR, *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, v. 1, pp. 245-246, «convertir la mediación en obligatoria es perder la esencia de la misma, su alegría, su concepción de libertad que la envuelve y la hace sugestiva. Hacer de ella un mecanismo forzoso refuerza su condena al fracaso y otorga a la misma un valor de tutela controlada por el Estado, dirigida por el mismo y que pierde la fuerza de la libertad que la hizo nacer y perdurar».

⁵⁹ Así lo entienden, entre otros, HERRERA DE LAS HERAS, *InDret*, núm. 1, 2017, p. 17; ARANDA JURADO, «La mediación obligatoria mitigada como instrumento para la promoción de la mediación en los asuntos civiles y mercantiles en el ordenamiento jurídico español», en Jiménez Conde, Fernando/Bellido Penadés, Rafael (dirs.) y Llopis Nadal, Patricia/De Luis García, Elena, *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 527 ss

⁶⁰ Así, tanto la Directiva 2008/52/CE (art. 5.2), como la Directiva 2013/11/UE (art. 1), ya señaladas permiten concluir que el legislador nacional es libre para adoptar mecanismos de inicio obligatorio de la mediación, siempre que permitan a las partes apartarse de ellos voluntariamente y acudir posteriormente a los órganos jurisdiccionales. Vide al respecto OROMÍ I VALL-LLOVERA, «La mediación de consumo como requisito de admisibilidad del proceso judicial según el Tribunal de Justicia de la UE. (Comentario de la Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 14 de junio de 2017, en el Asunto C-75/16 Livio Menini y Maria Antonia Rampanelli / Banco Popolare Società Cooperativa)», en JIMÉNEZ CONDE (dir.) y FUENTES SORIANO/GONZÁLEZ CANO (coord.), *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales. I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 467; SIGÜENZA LÓPEZ, *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales. I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, pp. 535 ss.

descarga de asuntos en juzgados y tribunales, si no se acompaña de medidas que velen por su efectividad. En efecto, la inclusión del nuevo requisito de procedibilidad por sí sola puede convertirse en una previsión inútil si las partes son capaces de sortearla a través de cumplimientos únicamente formales, tal y como sucedía con la conciliación previa con anterioridad a 1984. Es aquí donde cobra sentido la introducción del concepto de abuso del servicio público de Justicia y su incidencia en la regulación de las costas procesales, en cuanto sirve para que los jueces valoren si el recurso a los MASC, más allá de quedar formalmente acreditado en el proceso, se ha realizado con la seriedad necesaria para intentar lograr un acuerdo⁶¹. El abuso del servicio público de Justicia se configura, así, como un instrumento al servicio de la obligatoriedad de los MASC y de la descongestión de juzgados y tribunales⁶², en cuanto posibilita que los órganos jurisdiccionales valoren la actuación de las partes en el intento previo de acuerdo y establezcan las sanciones correspondientes cuando estas no hayan desplegado la actividad necesaria para conseguir una solución extraprocésal, evitando de este modo la interposición de la demanda.

El abuso del servicio público de Justicia se conecta de este modo indudablemente con el concepto de mala fe procesal, pero amplía su tradicional ámbito de actuación⁶³. De acuerdo con ello la LMME incluye situaciones en las que la utilización inadecuada del proceso va más allá del perjuicio causado a la contraparte o al órgano judicial, a través de una conducta contraria al principio de probidad procesal. El abuso del servicio público de Justicia se extiende a aquellas actuaciones en las que se ha provocado un menoscabo a la Administración de Justicia por sobrecargarla en exceso de trabajo de modo innecesario, al plantear en su seno demandas judiciales que podrían haber sido resueltas a través de las facultades de autocomposición de las partes⁶⁴.

La LEC introdujo en su art. 247 la obligación de que los intervinientes en las actuaciones procesales se manejasen de acuerdo con las reglas de la buena fe, entendida esta como la conducta exigible a toda persona en el marco de un proceso por ser socialmente admitida como correcta⁶⁵. Al mismo tiempo, junto con el criterio tradicional del vencimiento como pauta principal a la hora de acordar la imposición de costas en el proceso se incluyeron los de temeridad (art. 394 LEC) y mala fe (art. 395 LEC) para moderar las resoluciones judiciales al respecto y adecuarlas a las circunstancias del caso concreto⁶⁶. La LMME añade un nuevo criterio a tener en

⁶¹ ORTUÑO MUÑOZ, *La Ley Mediación y Arbitraje*, núm. 7, 2021, p. 12.

⁶² PEREA GONZÁLEZ, *Diario La Ley*, núm. 9774, 2021, p. 2.

⁶³ MARTÍNEZ DE SANTOS, «Particularidades de la reforma de las costas en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia», *Práctica de Tribunales*, núm. 154, 2022, p. 9.

⁶⁴ MARTÍNEZ DE SANTOS, «La regulación de la tasación de costas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (arts. 244, 245, 245 bis y 245 LEC) y de la multa del art. 247 LEC», *Práctica de Tribunales*, núm. 151, 2021, p. 8.

⁶⁵ PICÓ I JUNOY, Joan, «El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional», *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 18, 2005, p. 69. De acuerdo con este autor, el principio tiene su fundamento constitucional en la debida protección de los derechos fundamentales del art. 24 CE. Por regla general estos serán los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la defensa, a la igualdad procesal y a un proceso sin dilaciones indebidas o dentro de un plazo razonable. *Ibidem*, p. 83. Sobre la generalidad en los ordenamientos procesales de cumplir con la exigencia de buena fe, puede verse SIMÓN, «Abuso del proceso», *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 4, 2003, p. 473.

⁶⁶ Como afirma PICÓ I JUNOY, *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 18, 2005, pp. 284 ss, «el uso del criterio de la actuación contraria a la buena fe procesal de los litigantes como motivo para imponerle las costas es muy frecuente en la jurisprudencia, tanto para los casos en los que se litiga maliciosamente sabiendo que no se tiene derecho al bien

cuenta para la imposición de la condena en costas que sobrepasaría el ámbito de actuación de los dos anteriores, por lo menos tal y como se han venido interpretando mayoritariamente. Tanto la mala fe procesal como la temeridad han sido predicadas de aquellas posiciones procesales en las que se ha actuado a sabiendas de que se carecía de razón en la defensa de las propias posiciones procesales, con la intención de causar un perjuicio a la parte contraria, abocándola a un proceso a todas luces innecesario para la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos, o con la ausencia de la diligencia mínima para percibir la ausencia apoyatura fáctica o jurídica en el ejercicio de la pretensión o de la defensa⁶⁷.

El concepto de abuso del servicio público de Justicia va más allá, y amplía la exigencia de buena fe procesal para cubrir un aspecto que, en principio, y pese a la existencia de opiniones doctrinales y jurisprudenciales divergentes⁶⁸, es dudoso que se pueda considerar incluido en los

reclamado en juicio (STS 21 de abril de 1950; 11 de julio de 1986), (...) se provoca un litigio innecesario (STS 4 de abril de 1995) (...), o la necesidad de iniciar un proceso aún reconociendo la deuda reclamada judicialmente (...), se provoca una situación de indefensión para maliciosamente beneficiarse de la misma o se favorece las dilaciones indebidas».

⁶⁷ CACHÓN CADENAS, «La buena fe en el proceso civil», *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 18, 2005, p. 233; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ BENAVIDES, «El futuro de la condena en costas y la (más que probable) supervivencia del criterio del vencimiento objetivo», *Diario La Ley*, núm. 9246, 2018, p. 2; MARTÍNEZ DEL TORO, «¿Cómo se deberían regular mejor las costas judiciales en el proceso civil? Situación actual y propuestas de reforma», *Práctica de Tribunales*, núm. 146, 2020, p. 8; MARTÍNEZ DE SANTOS, *Práctica de Tribunales*, núm. 154, 2022, p. 4. El Tribunal Supremo ha considerado que existe mala fe cuando la parte conoce que el derecho o pretensión que trata de actuar carece de fundamentos fácticos o jurídicos que lo amparen, y con temeridad cuando, sabedor de ello, desafía el riesgo a no obtener una sentencia favorable confiando que las vicisitudes procesales y las equivocaciones de la parte contraria o los errores humanos que pueden incidir en la sentencia propicien un resultado favorable a sus particulares intereses que legítimamente no tiene (STS 3ª de 8 de octubre de 1991). Su concurrencia dependerá de una serie de circunstancias valoradas libremente por el juzgador como son las motivaciones de las partes, los hechos concurrentes y especialmente, la solidez de la fundamentación jurídica (STS 3ª de 4 de febrero de 1993). Es posible, por lo tanto, que tengan su fundamento en actuaciones previas al proceso (STS 3ª de 23 de abril de 1994,). *Vide* también SAP de Álava, sec. 1ª 195/1017, de 10 de abril y SAP de Madrid, sec. 25ª, 396/2017, de 19 de diciembre, que define la temeridad como «una forma aventurada o aviesa de litigar, actuando, al interponer u oponerse a la demanda, con una falta elemental de prudencia y sin presentar la diligencia debida que, de haberse prestado, le habría permitido conocer que no le asistía la razón».

⁶⁸ JUAN SÁNCHEZ, «La responsabilidad disciplinaria de los abogados por mala fe procesal y la competencia de los colegios profesionales para su determinación», en BLASCO PELLICER, (coord.), *El trabajo profesional de los abogados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 229; PEREA GONZÁLEZ, *Diario La Ley*, núm. 9774, 2021, pp. 3 ss; VALLESPÍN PÉREZ, *Mediación mercantil y eficiencia procesal*, pp. 54 y 80. El AJJPI núm. 52 de Barcelona, de 26 de enero de 2015, (ECLI:ES:JPI:2015:3A) entendió contrario al principio de buena fe procesal el hecho de acudir al proceso sin haber intentado antes el acuerdo extrajudicial, en virtud del «coste social, es decir, lo que soportan todos los contribuyentes por poner en marcha la maquinaria judicial», entendiéndose que esta actuación «constituye cuando menos un abuso del proceso determinante de un daño para los intereses generales que puede dar lugar a responsabilidad conforme al art. 247 LEC». El auto se plantea si «constituye un comportamiento justo, ético y de rectitud social, en un momento como el presente, en que los recursos públicos son escasos y el servicio prestacional que realizan los Tribunales está colapsado por un exceso de litigiosidad, que las personas jurídicas que más se benefician de la actividad jurisdiccional acuden a la jurisdicción (...) por reclamaciones de escasa cuantía, cuando el coste público del proceso es cinco veces mayor que lo que se reclama (...) existiendo como existen hoy en día, otras vías para solucionar la controversia». En consonancia con esta postura, el Acuerdo de unificación de criterios de los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona de 12 de junio de 2020, estableció que: «A los efectos de imponer costas, podrá ser interpretado como mala fe o temeridad: 1.- la negativa a acudir a la sesión informativa de mediación que haya sido convocada por derivación del juzgado; 2.- el silencio o rechazo ante una oferta extrajudicial, cuando la resolución final del pleito se ajuste sustancialmente al contenido de esa oferta». También el Tribunal Supremo ha entendido en STS 36/2021, Civil, de 2 de enero, (ECLI:ES:TS:2021:100) que el intento de arreglo de un conflicto a través de la reclamación extrajudicial debe tener su reflejo en las costas procesales, condenando en costas al banco que rechazó indebidamente la reclamación previa del consumidor en la que solicitaba se dejase de aplicar una cláusula suelo y se le devolviese lo incorrectamente cobrado por su aplicación, lo que le obligó a su posterior reclamación judicial. Por su parte, el AJPI núm 18 de Granada, de 11 de noviembre de 2015 ECLI:ES:JPI:2015:19ª) fue todavía más allá e inadmitió la demanda y procedió a convocar a las partes a una sesión de mediación con base en el principio de buena fe,

supuestos anteriores⁶⁹. Este sería el de no haber intentado solucionar el conflicto a través de un MASC con anterioridad a la interposición de la demanda judicial, o haber rechazado la solución propuesta en vía extrajudicial, habiendo posteriormente recibido una satisfacción esencialmente idéntica a esta en la resolución que pone fin al proceso. El uso indebido de la Administración de Justicia no derivaría ya de la falta de apoyatura jurídica o fáctica de las propias posiciones, sino del hecho de haber acudido a resolver en su seno lo que podría haberse arreglado antes, haciendo perder tiempo y recursos al servicio público de Justicia⁷⁰. Tal y como se señaló anteriormente, se trata de hacer corresponsable al justiciable de la sostenibilidad del sistema, penalizando las actitudes incompatibles con esta, en cuanto lo sobrecarguen injustificadamente⁷¹.

Para valorar la existencia del abuso del servicio público de Justicia, los órganos jurisdiccionales deben tener en cuenta la actitud de las partes en aras a lograr una solución consensuada al conflicto, considerando su seriedad en la búsqueda del acuerdo, la existencia de causas justificadas para rechazar las posibles soluciones presentadas e, incluso, la coincidencia de estas propuestas con la decisión final que ha acordado el órgano jurisdiccional en la sentencia que resuelve el asunto⁷². De este modo, el nuevo art. 394 LEC (art. 22.27 LMME) sigue estableciendo que *«las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho»*, aunque añade que *«cuando la participación en un medio de solución de conflictos sea legalmente preceptiva (...), no habrá pronunciamiento de costas a favor de aquella parte que hubiere rehusado expresamente o por actos concluyentes, y sin justa causa, participar en un medio adecuado de solución de controversias al que hubiese sido efectivamente convocado»*. Igualmente, en el caso de estimación parcial de la demanda, se continúa previendo que, a no ser que se apreciase temeridad en alguna de las partes, no habrá expresa imposición de costas, aunque *«si alguna de las partes no hubiere acudido, sin causa que lo justifique, a un medio adecuado de solución de controversias, cuando fuera legalmente preceptivo (...), se le podrá condenar al pago de las costas, en decisión debidamente motivada, aun cuando la estimación de la demanda sea parcial»*. Por último,

«evitando una desproporción enorme entre lo que se discute y lo que cuesta que se discuta, existiendo otras alternativas que no comprometen recursos públicos, que no perjudican los derechos en discusión y cuyo uso inicial evitaría muchos de los casos que hoy día colapsan los tribunales». Por último, la STS 1715/2024, Civil, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2024:6173), conecta la utilización innecesaria de la Administración de Justicia con el abuso del proceso, al señalar que *«constituye un abuso del proceso empelar los escasos recursos de la Administración de Justicia para, sobre la base de una infracción legal provocada, y en cuanto tal una controversia ficticia, obtener un rendimiento económico muy superior al coste que pudo conllevar la provocación de la infracción jurídica»*.

⁶⁹ SIGÜENZA LÓPEZ, *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*. I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, p. 539.

⁷⁰ MARTÍNEZ PALLARÉS, *Práctica de Tribunales*, núm. 131, 2018, p. 17.

⁷¹ En palabras de la Exposición de Motivos de la LMME, *«surge así la noción del abuso del servicio público de Justicia, actitud incompatible de todo punto con su sostenibilidad. El abuso del servicio público de justicia se erige como excepción al principio general del principio de vencimiento objetivo en costas, e informador de los criterios para su imposición, al sancionar a aquellas partes que hubieran rehusado injustificadamente acudir a un medio adecuado de solución de controversias, cuando este fuera preceptivo. Del mismo modo, el abuso del servicio público de justicia se une a la conculcación de las reglas de la buena fe procesal como concepto acreedor de la imposición motivada de las sanciones previstas en la mencionada Ley 1/2000, de 7 de enero»*. *«Este abuso puede ejemplificarse, por tanto, en la utilización irresponsable del derecho fundamental de acceso a los tribunales recurriendo injustificadamente a la jurisdicción cuando hubiera sido factible y evidente una solución consensuada de la controversia, como son los litigios de cláusulas abusivas ya resueltos en vía judicial con carácter firme y con idéntico supuesto de hecho y fundamento jurídico, o en los casos en que las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación impactando en la sostenibilidad del sistema, del cual quiere hacerse partícipe a la ciudadanía»*.

⁷² PEREA GONZÁLEZ, *Diario La Ley*, núm. 9774, 2021, p. 6.

el reformado art. 394.5 LEC señala que *«si la parte requerida para iniciar una actividad negociadora previa tendente a evitar el proceso judicial hubiese rehusado intervenir en la misma, la parte requirente quedará exenta de la condena en costas, salvo que se aprecie un abuso del servicio público de Justicia»*.

Se sanciona de este modo el no haber acudido a la invitación previa a llegar a un acuerdo, aunque el órgano jurisdiccional acabe atendiendo a la totalidad de las pretensiones o resistencias que se hayan hecho valer en el proceso⁷³. Debería pensarse que la parte demandada podría esgrimir como justa causa para no verse sometido a un proceso de negociación previa la insostenibilidad de la reclamación presentada de contrario, pero la dicción del art. 394.5 LEC es clara al reservar esta circunstancia únicamente para los casos en los que la parte demandante actúe con abuso del servicio público de Justicia. Debe observarse que en este caso el concepto adquiere un matiz diferente, puesto que ya no podrá ser entendido como ausencia de interés en llegar a un acuerdo, sino como ejercicio abusivo del proceso, por ser evidente la ausencia de un interés jurídico atendible, lo que viene a acercar, cuando no a confundir, esta circunstancia con la temeridad. En consecuencia, la parte demandada podrá verse abocada a sufragar su parte de las costas procesales, a pesar de no haber sufrido condena alguna, si no ha participado en un proceso de negociación en un supuesto en el que ha entendido, con razón, que no le incumbe ninguna obligación con respecto al requirente. Para evitarlo, se verá abocada a intervenir en el proceso negociador únicamente para evitar la futura asunción de las costas procesales⁷⁴, incurriendo así en una serie de gastos innecesarios, excepto en los casos en los que le fuese reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita o se acuda a algún medio de acceso gratuito, o incluso a transigir en asuntos donde carece de responsabilidad alguna.

En los casos de allanamiento, la nueva redacción del art. 395 LEC (art. 22.28 LMME) mantiene la ausencia de condena en costas cuando este se produzca antes de la contestación a la demanda, salvo supuestos de mala fe, añadiendo también la posibilidad de imponer las costas cuando se aprecie abuso del servicio público de Justicia. La existencia de mala fe se presumirá cuando *«antes de presentada la demanda, se hubiese requerido al demandado para el cumplimiento de la obligación de forma fehaciente y justificada, o cuando hubiese rechazado el acuerdo ofrecido en un intento de conciliación, la participación en un proceso de mediación u otro de los medios adecuados de solución de controversias»*. En este caso, la ausencia de participación en el proceso de negociación previa, para después allanarse cuando se ha presentado la demanda judicial, ya no se considera abuso del servicio público de Justicia, sino directamente mala fe, de modo prácticamente idéntico a como estaba previsto hasta ahora en el precepto legal, lo que viene a confirmar la proximidad entre ambos conceptos y, tal vez, la inutilidad de introducir el primero, cuando seguramente se pueden conseguir resultados semejantes incorporando legislativamente al concepto de mala fe la negativa a acudir a los MASC cuando su obligatoriedad estuviese legalmente prevista, en los casos en los que fuese necesario.

Las modificaciones realizadas en la regulación de las costas procesales no quedan aquí. El art. 22.17 LMME reforma el art. 245 LEC para introducir un nuevo incidente de exoneración o

⁷³ Para BANACLOCHE PALAO, *Diario La Ley*, núm. 9814, 2021, p. 4, se intenta poner coto así a la práctica de ciertos despachos de abogados, que se niegan a llegar a acuerdos previos – a pesar de que sus demandados se los ofrecen – porque se han comprometidos con sus clientes desde un principio a cobrar sus honorarios únicamente con las costas del proceso.

⁷⁴ ASENCIO MELLADO, «Eficiencia, poder judicial y proceso», *Práctica de Tribunales*, núm. 148, 2021, p. 4.

moderación de costas que se solapa con el de impugnación por excesivas y que de hecho viene a suponer una verdadera revisión *a posteriori* de la condena en costas incluida en sentencia, en función de la indebida utilización de los MASC. Así, el art. 245.5 LEC señala que «*la parte condenada al pago de las costas podrá solicitar la exoneración de su pago o la moderación de su cuantía cuando hubiera formulado una propuesta a la parte contraria en cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias al que hubieran acudido, la misma no hubiera sido aceptada por la parte requerida y la resolución judicial que ponga término al procedimiento sea sustancialmente coincidente con el contenido de dicha propuesta*». Lo mismo ocurrirá si la propuesta se ha realizado por tercero neutral. Se trata en este caso no ya de valorar si las partes han utilizado con carácter previo a la presentación de la demanda un MASC, sino de evaluar la actitud que han tenido en el seno de este, de modo que, si se podía haber alcanzado una solución negociada sustancialmente igual a la obtenida en sentencia, ello se tendrá en cuenta para moderar o exonerar la obligación de pago de costas de quien propuso tal solución⁷⁵. Se considera, por lo tanto, que quien ha actuado de este modo lo ha hecho abusando del servicio público de Justicia y que, una vez demostrada esta circunstancia, no merece recuperar los gastos en los que ha incurrido durante el proceso, ya que podría fácilmente haber evitado el mismo, y no haber abocado a la contraparte al litigio ni haber ocupado tiempo y recursos de la Administración de Justicia.

Para que el órgano jurisdiccional pueda tomar una decisión en este incidente, se introduce en la LEC una excepción al carácter confidencial del proceso negociador reconocido en el art. 9 LMME, puesto que el propio art. 245.5 exige que se acompañe a la solicitud de moderación o exoneración de costas «*la documentación íntegra referida a la propuesta formulada, que en este momento procesal y a estos efectos, estará dispensada de confidencialidad*». Si así se hace, el letrado de la Administración de Justicia admitirá la solicitud y dará traslado a la otra parte por plazo de tres días para que se pronuncie sobre la misma (así consta en el nuevo art. 245 bis LEC, previsto en el art. 22.18 LMME). Si la parte favorecida por la condena en costas acepta lo solicitado de contrario, el letrado dictará decreto fijando la cantidad debida, en los términos de la solicitud. La aceptación será tácita cuando no se conteste en el plazo legal fijado. Cuando no acepte la reducción o exoneración, lo cual probablemente ocurrirá en la mayor parte de los casos, será el tribunal quien resuelva, fijando, en caso de estimación de la solicitud, el porcentaje de reducción y las partidas a las que afecta, a través de auto que será recurrible en reposición.

Aunque esta posibilidad de exoneración o moderación de las costas procesales deja clara la finalidad del legislador de obligar a que las partes se tomen en serio su actuación durante el procedimiento de negociación previo al proceso⁷⁶, no parece que su virtualidad práctica vaya a ser demasiada. Si se tiene en cuenta que la situación habitual será la de que ha sido condenado en costas quien ha visto rechazadas en el proceso todas sus pretensiones, es decir, el demandante cuando se desestime totalmente la demanda o el demandado cuando esta se estime en su

⁷⁵ Tal y como señala SERRANO HOYO, «Consecuencias procesales derivadas de la no evitación del proceso a través de los MASC: En especial, en materia de costas y multas por abuso del servicio público de justicia», en CALAZA LÓPEZ/ORDENANA GEZURAGA/SIGÜENZA LÓPEZ (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 935, se trata, en definitiva, de determinar el grado de evitabilidad del proceso sustanciado, es decir, en qué medida la parte favorecida por la condena en costas podía haber evitado el proceso si se hubiese conformado con lo que le ofrecía el condenado en costas en el proceso negociador previo.

⁷⁶ BELLIDO PENADÉS, *Medios alternativos de solución de conflictos y derecho a la tutela judicial efectiva en derecho privado (español y de la Unión Europea)*, pp. 110 ss.

globalidad, no parece que sea factible la existencia de una propuesta negociadora que coincida sustancialmente con lo acordado por sentencia, dado que tal propuesta negociadora tendría que haber sido totalmente favorable a la otra parte y desfavorable para quien la ha propuesto, lo que difícilmente puede hacer pensar que se hubiese rechazado, excepto en los supuestos en los que el proceso se haya iniciado únicamente para obtener una condena en costas de carácter favorable. El legislador considera relevante también la existencia de abuso del servicio público de Justicia para la posible imposición de multas por el órgano jurisdiccional a las partes procesales o a los profesionales que las asistan. Así, se introduce una nueva redacción del art. 247.3 LEC (art. 22.20 LMME) estableciendo que *«si los tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal o con abuso del servicio público de Justicia, podrán imponerle, en pieza separada, mediante acuerdo motivado, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, los perjuicios que, al procedimiento, a la otra parte o a la Administración de Justicia se hubieren podido causar, la capacidad económica del infractor, así como la reiteración en la conducta»*. Por su parte el art. 247.4 LEC pasa a señalar que, si los órganos jurisdiccionales *«entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria. En los casos en los que tal actuación se produzca en el ámbito de un proceso en el que la parte litigase con el beneficio de justicia gratuita, tal comunicación se remitirá también a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita»*. Aunque en este segundo apartado no se menciona expresamente el abuso del servicio público de Justicia, su íntima conexión con la buena fe procesal no hace descartable que su apreciación pudiese ser motivo para justificar la comunicación al colegio profesional.

Por último, el concepto de abuso del servicio público de Justicia aparece en dos preceptos más. En primer lugar, en un modificado art. 32.5 LEC (art. 22.7 LMME), que establece la inclusión en las costas procesales de los honorarios de abogado y procurador en los casos en los que no fuese preceptiva su utilización, cuando el tribunal apreciase temeridad o abuso del servicio público de Justicia en la actuación del condenado en costas⁷⁷. En segundo lugar, en la nueva redacción que se prevé para el art. 246.4 LEC (art. 22.19 LMME), al imponer las costas del incidente de impugnación de las costas del proceso principal por excesivas, indicando que *«si la impugnación fuere totalmente desestimada, se impondrán las costas del incidente al impugnante si hubiera obrado con abuso del servicio público de Justicia. Si fuere total o parcialmente estimada, se impondrán, también en el caso de que hubiera obrado con abuso del servicio público de Justicia, al abogado o al perito cuyos honorarios se hubieran considerado excesivos»*. En ambos casos, el concepto vuelve a remitir al de mala fe o temeridad, aunque parece que en el primero el órgano jurisdiccional podría tener en cuenta la posibilidad previa de acuerdo como elemento de valoración para apreciar su existencia. En el segundo, sin embargo, la confusión de los conceptos es mayor, ya que en este caso viene a remitir a impugnaciones sin fundamento o bien, a honorarios que se fijen de modo excesivo con perfecto conocimiento de tal circunstancia, lo que entraría de lleno en el ámbito clásico de la mala fe. En ambos supuestos, el nuevo concepto poco o nada añade, por lo tanto, a los de mala fe o temeridad.

⁷⁷ Vide al respecto, SERRANO HOYO, *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la jurisdicción civil*, p. 906.

Por último, y aunque no se menciona expresamente el concepto de abuso del servicio público de Justicia, es evidente la ligazón con el mismo de los intereses sancionatorios regulados en el art. 439 bis LEC para el caso de que transcurrido el plazo de un mes a partir del momento en que conste fehacientemente la aceptación de una oferta por el consumidor en los supuestos en reclamaciones previas en materia de cláusulas abusivas en contratos de préstamo, no se ha puesto a su disposición de modo efectivo la cantidad ofrecida, ésta devengará los intereses legales del dinero incrementados en ocho puntos.

En definitiva, el legislador ha incorporado un nuevo concepto a los tradicionales de mala fe y temeridad, que se podría considerar una especificación del primero de ellos, y que va más allá del segundo, al incluir no sólo aquellas situaciones en las que las partes litiguen sin base jurídica ni fáctica para ello, sino a otras en las que las partes rehúsen participar en un MASC o llegar a un acuerdo negociado como mecanismo para evitar el proceso judicial⁷⁸. Las consecuencias de que el órgano jurisdiccional aprecie la existencia de abuso del sistema público de justicia se harán notar en la utilización que las partes puedan hacer de los MASC. Por un lado, será previsible que las partes acudan a los medios negociados de solución de controversias con carácter previo al proceso, para no tener que enfrentarse a hipotéticos pronunciamientos desfavorables en las costas procesales. Incluso que, ante propuestas de acuerdo parcialmente satisfactorias, se prefiera aceptar estas que acudir a los tribunales, incluso renunciando a cierta parte de lo que entiendan que les podría corresponder. Pero también es cierto que en previsión de lo que pueda pasar en el proceso posterior, es posible que se desarrollen durante los procedimientos de negociación estrategias de defensa y actitudes condicionadas por la preconstitución de las condiciones que puedan llevar a un pronunciamiento favorable en costas para las partes, y no en la búsqueda sincera de un acuerdo que evitase el proceso, lo que afectará de modo negativo a la dinámica de los MASC⁷⁹. De igual modo, la erosión del principio de confidencialidad afectará irremediablemente a la actitud de las partes en los procesos negociadores, puesto que la perspectiva de que, en un futuro incidente de exoneración o moderación de costas, las ofertas realizadas y las reacciones que se hubiesen tenido hacia las mismas sean puestas al descubierto condicionará la intervención de las partes en el proceso negociador, incidiendo en su correcto desarrollo⁸⁰.

5. La obligatoriedad de los MASC, el abuso del servicio público de Justicia y el derecho de acceso a la Jurisdicción

Para finalizar este trabajo se abordará en qué medida la regulación que incorpora la LMME al proceso civil, estableciendo la obligatoriedad de acudir a los MASC con carácter previo a la interposición de la demanda, y las modificaciones del régimen de condena en costas son respetuosas con el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 CE,

⁷⁸ PEREA GONZÁLEZ, *Diario La Ley*, núm. 9774, 2021, p. 4; VALLESPÍN PÉREZ, *Mediación mercantil y eficiencia procesal*, pp. 71 ss.

⁷⁹ Vide en este sentido lo señalado por ACHÓN BRUÑÉN, «Problemas que va a suscitar la nueva regulación de las costas procesales prevista en la futura ley de medidas de eficiencia procesal», *Diario La Ley*, núm. 10218, 2023 y DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, «El nuevo paradigma de resolución de conflictos en consumo. Cómo la Ley Orgánica 1/2025 impone la reclamación o negociación previa antes de demandar, consagra un régimen sancionador para empresarios incumplidores y redefine el acceso a la justicia en litigios de consumo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 53, 2025, p. 87

⁸⁰ ARSUAGA CORTÁZAR, *Boletín Derecho Privado*, núm. 3, 2023, p. 62

particularmente en lo relativo al derecho de acceso a la jurisdicción. Lo que se tratará de determinar es si la introducción del nuevo requisito de procedibilidad y la posibilidad de condicionar la condena en costas a la existencia de un posible abuso del servicio público de Justicia suponen obstáculos ilegítimos o elementos disuasorios que influyan negativamente en el derecho constitucional de acudir a los tribunales.

Es jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional que el derecho a la tutela judicial efectiva implica como presupuesto para su efectividad el derecho de la ciudadanía a acceder a los tribunales. Pero este derecho a la jurisdicción no se puede entender como un derecho absoluto, sino que se trata de un derecho de configuración legal, por lo que el legislador tiene cierta libertad para subordinarlo al cumplimiento de una serie de requisitos o condicionantes previos (STC (Pleno) 174/1995, de 23 de noviembre (BOE núm. 310, de 28 de diciembre de 1995))⁸¹. Aun así, el legislador no puede actuar con discrecionalidad total al establecer condiciones previas al acceso a los órganos jurisdiccionales⁸². En primer lugar, porque debe respetar el contenido esencial del derecho, entendido como la posibilidad de que los ciudadanos puedan hacer valer ante la Justicia sus derechos e intereses legítimos, y que estos respondan con una resolución que resuelva sobre esta petición, ordinariamente, pronunciándose sobre el fondo del asunto (STC (Sala 2ª) 39/1985, de 11 de marzo (BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1985)). Este contenido normal del derecho no puede ser anulado hasta volverse irreconocible (SSTC (Sala 1ª) 125/1997, de 1 de julio (BOE núm. 171, de 18 de julio de 1997); 202/2002 (Sala 2ª), de 28 de octubre (BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2002)). Ello implicaría que es perfectamente legítimo desde el punto de vista constitucional que se establezcan medidas para impedir un uso abusivo del proceso, en cuanto su utilización no vaya dirigida a la satisfacción de tales intereses, sino a una instrumentalización para fines diferentes de aquellos para los que está previsto⁸³. A *sensu contrario*, significa también que el derecho fundamental se satisface de igual modo con una decisión de inadmisión o de archivo en aplicación de las condiciones de ejercicio contempladas en las normas procesales⁸⁴.

En segundo lugar, los requisitos introducidos por el legislador para condicionar el acceso a la jurisdicción deben obedecer a un fin constitucionalmente legítimo. Ello implica que los impedimentos de acceso a la justicia deben ser razonables, estar dirigidos al cumplimiento de un fin justificado y que la restricción del derecho de acceso a la jurisdicción debe ser proporcionada al cumplimiento de la finalidad perseguida (SSTC (Pleno) 141/1988, de 12 de julio (BOE núm. 189, de 08 de agosto de 1988); (Pleno) 273/2005, de 27 de octubre (BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2005); (Pleno) 20/2012, de 16 de febrero (BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2012);

⁸¹ CABAÑAS GARCÍA, «El derecho fundamental de acceso a la justicia civil y su configuración por el Tribunal Constitucional», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 16, 2013, p. 11. Esta doctrina es acorde con la sentada por el TEDH e, entre otras, SS. de 21 de noviembre de 2001 (asunto Fogarty contra el Reino Unido) y 14 de diciembre de 2006 (asunto Markovic y otros contra Italia). Vide PÉREZ DAUDÍ, *InDret*, 2, 2019, pp. 11 ss.

⁸² BONET NAVARRO, «El acceso a la Justicia», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 18, 2006, pp. 35 ss.

⁸³ Tal y como afirma la STS (Civil) de 25 de febrero de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:12651), “parece razonable en interés de la función judicial y del mejor cumplimiento de sus fines, cara al servicio que el Poder Judicial presta a los ciudadanos, que no deba admitirse un uso abusivo del derecho a la jurisdicción, manifestando, en la reproducción de pretensiones idénticas, ante diferentes órganos judiciales o sucesivamente ante el mismo órgano”. De todas formas, tal y como afirma PICÓ I JUNOY, *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 18, 2005, p. 100, la aplicación de la doctrina del abuso del derecho al citado derecho a litigar debe reducirse a su mínima expresión, pues nos encontramos ante una doble situación de excepcionalidad, la propia de la figura del abuso del derecho y la que se deriva de limitar la eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva. En semejante sentido se manifiesta LOZANO-HIGUERO PINTO, «La buena fe procesal: consideraciones doctrinales y jurisdiccionales», *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 18, 2005, p. 96.

⁸⁴ CABAÑAS GARCÍA, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 16, 2013, p. 12.

(Sala 1ª) 231/2012, de 10 de diciembre (BOE núm. 10, de 11 de enero de 2013))⁸⁵. En consecuencia, estarían proscritas aquellas medidas que tuviesen únicamente una función meramente limitativa o disuasoria al ejercicio de acciones judiciales (STC (Pleno) 140/1995, de 28 de septiembre (BOE núm. 246, de 14 de octubre de 1995))⁸⁶.

Por último, el reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la Justicia exige que los órganos jurisdiccionales, al interpretar la concurrencia de los presupuestos procesales y requisitos de procedibilidad, deben hacerlo evitando formalismos excesivos, o interpretaciones de la norma que impidan injustificadamente el acceso a la jurisdicción (STC (Sala 2ª) 29/1988, de 29 de febrero (BOE núm. 50, de 28 de febrero de 1989)). Es más, la constitucionalización del derecho fundamental a acudir a los tribunales impone a los órganos jurisdiccionales una interpretación de los requisitos procesales en el sentido más favorable a su efectividad, en virtud del principio *pro actione* (SSTC (Pleno) 55/1986, de 9 de mayo (BOE núm. 92, de 17 de abril de 1990); (Sala 2ª) 12/1992, de 27 de enero (BOE núm. 38, de 13 de febrero de 1992); (Pleno) 140/1995, de 28 de septiembre (BOE núm. 246, de 14 de octubre de 1995)).

Por lo que respecta a las costas procesales, el Tribunal Constitucional ha establecido también que la posibilidad de que las partes procesales puedan ser objeto de condena en costas tras el ejercicio de su derecho de acceso a la jurisdicción ya sea en base al criterio del vencimiento o de la temeridad, no implica un cercenamiento ilegítimo de su derecho fundamental. Es cierto que el temor a una posible pérdida del pleito y la consiguiente imposición de costas puede retraer a un litigante de interponer una demanda judicial, y que la decisión de abstenerse de acudir a la Justicia puede depender del sistema de regulación de las costas. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha entendido, que los sistemas de imposición de costas se basan en el principio de la buena fe procesal y que responden a un interés legítimo de evitar pretensiones sin fundamento fáctico o legal que puedan sobrecargar en exceso la Administración de Justicia y como modo de compensación a la parte que se ha visto abocada a incurrir en determinados gastos procesales para mantener su posición jurídica⁸⁷, por lo que suponen restricciones de acceso al

⁸⁵ MONTERO LÓPEZ, Raúl, «Derecho de acceso a la jurisdicción y tasas judiciales. La justicia no es gratuita», en EZURMENDÍA ÁLVAREZ, (dir.), *Principios de Justicia Civil*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2021, p. 367.

⁸⁶ GONZÁLEZ ALONSO, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, 2013, p. 171.

⁸⁷ Así, el ATC (Sec 3ª) 186/2000, de 24 de julio (ECLI:ES:TC:2000:186ª) recuerda que «este Tribunal ya ha declarado que ninguno de los dos sistemas de imposición de costas (el objetivo o del vencimiento y el subjetivo o de la temeridad) que estructura nuestro ordenamiento jurídico procesal afecta a la tutela judicial efectiva, que consiste en obtener una resolución fundada en Derecho dentro de un proceso tramitado con las garantías legalmente establecidas, ni al derecho de defensa, toda vez que la imposición de costas opera sin incidencia alguna sobre tales derechos fundamentales, al venir establecida en la Ley como consecuencia económica que ha de soportar, bien la parte que ejercita acciones judiciales que resultan desestimadas, bien aquella que las ejercita sin fundamento mínimamente razonable o con quebranto del principio de buena fe». De igual modo, la STC (Sala 2ª) 84/1991, de 22 de abril (BOE núm. 128, de 29 de mayo de 1991), destaca que «la imposición de costas es un efecto derivado del ejercicio temerario o de mala fe de las acciones judiciales o de la desestimación total de éstas. Por lo que su justificación radica en prevenir los resultados distorsionadores del entero sistema judicial que se derivarían de una excesiva litigiosidad y en restituir a la parte contraria los gastos que, en menoscabo de la satisfacción de sus pretensiones, le ocasione la defensa de sus derechos e intereses legítimos frente a quienes promueven acciones o recursos merecedores de la imposición de costas». Esta doctrina puede encontrarse también en AATC (Sec. 2ª) 60/1983, de 16 de febrero (ECLI:ES:TC:1983:60ª); (sec. 2ª) 171/1986, de 19 de febrero (ECLI:ES:TC:1986:171ª); y STC (Sala 1ª) 206/1987, de 21 de diciembre (BOE núm. 7, de 8 de enero de 1988). En consecuencia, tal y como señala PICÓ I JUNOY, *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 18, 2005, pp. 281 ss, la aplicación de dicho criterio subjetivo es una cuestión de mera legalidad, de apreciación motivada, exclusiva de los tribunales ordinarios, por lo que no es susceptible de revisarse en amparo, salvo que la citada motivación no exista o se arbitraria o irracional. En sentido semejante, BONET NAVARRO, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 18, 2006, pp. 113 ss.

proceso justificadas. En consecuencia, el legislador es libre para elegir el sistema de condena en costas que entienda que mejor protege estos intereses (STC (Pleno) 156/2021, de 16 de septiembre (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 2021))⁸⁸. Sin embargo, el Tribunal Constitucional introduce un matiz a esta doctrina en esta última sentencia para indicar que los sistemas de imposición de costas no son siempre inocuos en términos constitucionales, ya que en el caso de que provocasen en la práctica un efecto disuasorio para el ejercicio de acciones judiciales, podrían tenerse por inconstitucionales⁸⁹.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también se ha pronunciado sobre la compatibilidad del derecho de acceso a la jurisdicción, reconocido en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea con el establecimiento de determinados requisitos previos, y más concretamente de sistemas de mediación obligatoria anterior al proceso. Lo ha hecho en SSTJUE de 18 de marzo de 2010 (C317/08 a C-320/08, Alassini y otros) y de 14 de junio de 2017 (C-75/16 Livio Menini y Maria Antonia Rampanelli / Banco Popolare Società Cooperativa). El TJUE ha concluido también que, aunque establecer una limitación temporal de acceso a los órganos jurisdiccionales para obligar a las partes a intentar una resolución extraprocesal del litigio puede afectar al derecho reconocido en el art. 47 de la Carta⁹⁰, es un requisito razonable y proporcionado, compatible con el Derecho de la Unión siempre y cuando se cumplan una serie de parámetros⁹¹. Estos vendrían determinados por el respeto a la autonomía de las partes, en cuanto no se puede obligar a las mismas a que alcancen el acuerdo en todo caso, debiendo poder retirarse del procedimiento de mediación en cualquier momento para incoar un procedimiento judicial o rechazar la solución ofrecida⁹². Por otro lado, la limitación de acceso a la jurisdicción debe tener un espacio temporal breve, quedando expedita, una vez que este se cumpla, la posibilidad de interponer la demanda judicial. Es importante también para el máximo órgano jurisdiccional europeo que el inicio del procedimiento de negociación tenga incidencia en la interrupción de los plazos de prescripción y caducidad y que en su seno sea posible adoptar medidas provisionales cuando la urgencia de la situación lo exija. Por último, el Tribunal

⁸⁸ MARTÍNEZ DE SANTOS, *Práctica de Tribunales*, núm. 154, 2022, pp. 2 ss; ACHÓN BRUÑÉN, «Relevancia práctica de la STC 156/2021, de 16 de septiembre: inconstitucionalidad del régimen de imposición de costas en procesos de cláusulas suelo y discriminación a los consumidores que no son personas físicas», *Diario La Ley*, núm. 9959, 2021.

⁸⁹ BELLIDO PENADÉS, *Medios alternativos de solución de conflictos y derecho a la tutela judicial efectiva en derecho privado (español y de la Unión Europea)*, pp. 75 ss. ACHÓN BRUÑÉN, *Diario La Ley*, núm. 9959, 2021; MORENO GARCÍA, «La inconstitucionalidad (parcial) del Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo», *Diario La Ley*, núm. 9956, 2021, pp. 15 ss.

⁹⁰ Vide al respecto, COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*; y BELLIDO PENADÉS, *Medios alternativos de solución de conflictos y derecho a la tutela judicial efectiva en derecho privado (español y de la Unión Europea)*, pp. 27 ss.

⁹¹ OROMÍ I VALL-LLOVERA, *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, pp. 460-465; PÉREZ DAUDÍ, *InDret*, 2, 2019, p. 18.

⁹² En este sentido, la Directiva 2013/11/UE, en su considerando 45 señala que «el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un juez imparcial forman parte de los derechos fundamentales establecidos en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» y, en consecuencia, se considera que «los procedimientos de resolución alternativa no deben concebirse como sustitutivos de los procedimientos judiciales y no deben privar a consumidores o comerciantes de su derecho a recurso ante los órganos jurisdiccionales». Por lo que concluye que esta Directiva «no debe impedir a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial». De forma que «en los casos en que un litigio no pueda resolverse mediante un procedimiento de resolución alternativa determinado cuyo resultado no es vinculante, no debe impedirse a las partes que incoen a continuación un procedimiento judicial en relación con dicho litigio».

establece que el mecanismo de resolución extraprocésal del conflicto debe ser accesible para las partes, que no pueden estar obligadas a incurrir en desembolsos económicos significativos⁹³.

Aplicando los criterios establecidos tanto por el Tribunal Constitucional como por el TJUE puede concluirse que el sistema de fomento de los MASC previsto por la LMME difícilmente puede considerarse contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la Justicia⁹⁴. Ambos órganos jurisdiccionales han declarado que los intentos de solución previa del litigio instaurados con carácter obligatorio como paso previo al proceso son requisitos razonables y proporcionados, en cuanto los objetivos que se buscan, la reducción de la litigiosidad y el fomento de las soluciones autocompositivas de los litigios, son fines legítimos que contribuyen a la sostenibilidad del sistema de Justicia y a la resolución amigable de las controversias⁹⁵. Además, las exigencias especificadas en la jurisprudencia europea son escrupulosamente cumplidas en la LMME, dado que se contempla expresamente en su articulado la autonomía de las partes para llegar a acuerdos (art. 4 LMME), se establece un plazo breve para entender que el proceso de negociación ha fracasado (30 días o 3 meses cuando se hayan iniciado las negociaciones, de acuerdo con el art. 10.4 LMME), se contempla expresamente la interrupción de los plazos de prescripción y caducidad (art. 7.1 LMME) y se prevé la posibilidad de solicitar medidas cautelares (art. 7.3 LMME, que deja sin efecto el plazo de 20 días para presentar la demanda del art. 730.2 LEC)⁹⁶.

⁹³ También el TS ha entendido que la modificación del régimen de costas para tener en cuenta la actitud previa de la parte allanada previa a la interposición de la demanda no es contraria al Derecho Europeo en cuanto que la exigencia de que el consumidor tenga que realizar previamente un requerimiento extrajudicial para que, en caso de que el banco se allane a la demanda antes de contestarla, pueda ser condenado en costas, no supone un obstáculo desproporcionado a la efectividad de la Directiva 93/13/CEE y, en concreto, a que el consumidor pueda quedar desvinculado de la cláusula abusiva sin tener que afrontar los gastos de su abogado y su procurador, pues no hace imposible en la práctica ni excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva confiere al consumidor, al ser una exigencia fácil de cumplir (STS 131/2021 (Civil), de 9 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:859)). *Vide* al respecto ACHÓN BRUÑÉN, *Diario La Ley*, núm. 9959, 2021.

⁹⁴ En el mismo sentido se pronuncia CALAZA LÓPEZ, *Externalización de la justicia civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, p. 35.

⁹⁵ *Vide* al respecto las SSTC (Pleno) 21/1986, de 14 de febrero (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 1986); (Pleno) 4/1988, de 21 de enero (BOE núm. 31, de 5 de febrero de 1988); (Sala Primera) 60/1989, de 16 de marzo (BOE núm. 93, de 19 de abril de 1989); (Sala 1ª) 217/1991, de 14 de noviembre (BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 1991); (Sala 2ª) 70/1992, de 11 de mayo (BOE núm. 129, de 29 de mayo de 1992); (Sala 2ª) 120/1993, de 19 de abril (BOE núm. 124, de 25 de mayo de 1993); (Sala 1ª) 122/1993, de 19 de abril (BOE núm. 124, de 25 de mayo de 1993); (Sala 2ª) 335/1993, de 29 de noviembre (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1993); (Sala 2ª) 185/2013, de 4 de noviembre (BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 2013); (Pleno) 119/2014, de 16 de julio (BOE núm. 198, de 15 de agosto de 2014); (Pleno) 1/2018, de 11 de enero (BOE núm. 34, de 7 de febrero de 2018); (Pleno) 156/2021, de 16 de septiembre (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 2021). Específicamente, la STC 217/1991 dice que «en ningún caso excluyen el conocimiento jurisdiccional de la cuestión controvertida, ya que únicamente suponen un aplazamiento de la intervención de los órganos jurisdiccionales; y de otro, porque son trámites proporcionados y justificados, ya que su fin no es otro que procurar una solución extraprocésal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto que ve aliviada su carga de trabajo». Entre la doctrina, existe también coincidencia en esta apreciación, como señalan ÁLVAREZ GARCÍA, «La premediación como presupuesto procesal de admisibilidad versus el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción», en *La mediación como método para la resolución de conflictos*, 2017, p. 96.; MARTÍNEZ DE LEÓN, Manuel, «Estándares de homologación constitucional de los medios adecuados de solución de controversias», en PÉREZ MARTELL, (coord.), *Eficiencia procesal. Modernización de la Justicia*, J.M. Bosch, Barcelona, 2021, p. 174; PICÓ JUNOY, *Diario La Ley*, núm. 9801, 2021, p. 2; SÁNCHEZ VALLE, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 103, 2022, p. 51.

⁹⁶ SÁNCHEZ POS, «Hacia un modelo de obligatoriedad mitigada de la mediación. Comentario breve al Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación», en JIMÉNEZ CONDE/BELLIDO PENADÉS, (dirs.) y LLOPIS NADAL/DE LUIS GARCÍA, *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 928; SÁNCHEZ VALLE, *Boletín del Colegio*

Queda por ver si los gastos que deban asumir las partes al acudir a los MASC y la posterior regulación de las costas procesales introducida por la LMME suponen una barrera de acceso injustificada que pueda desincentivar el recurso a los tribunales. Debe recordarse, en este sentido, que la STC (Pleno) 20/2012, de 16 de febrero (BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2012) señaló que el establecimiento de requisitos previos al proceso, en este caso el sistema de tasas judiciales estaba condicionado a «*que no quede menoscabado el núcleo esencial del derecho a la justicia gratuita*».

Si bien es cierto que, como se ha señalado anteriormente, no está previsto que el sistema público sufragase determinados gastos asociados a los MASC (mediador, tercero imparcial, p. ej.), no parece que ello pueda ser considerado determinante de una posible inconstitucionalidad del sistema, dado que siempre existirá la alternativa de recurrir a la negociación a través de profesionales de la abogacía cuyos honorarios sí se contemplan como parte del derecho a la asistencia jurídica gratuita, tal y como se ha indicado anteriormente, con lo que los justiciables en situación económica más precaria no deberían asumir ningún desembolso en esos intentos de acuerdo previo⁹⁷, y que se prevé la creación de servicios públicos de resolución de conflictos, a lo que debe sumarse la posibilidad de conciliación a través del letrado de la Administración de Justicia.

Todavía el sistema de imposición de costas, en la medida en que puede conllevar la necesidad de asumir los gastos generados en el proceso aún en el caso de ver satisfechas todas las pretensiones procesales en la resolución final si, en virtud de una indebida utilización de los MASC se ha producido un abuso del servicio público de Justicia podría generar alguna duda, en cuanto sea susceptible de conducir a las partes a aceptar determinados acuerdos en contra de sus propios derechos e intereses legítimos⁹⁸ y por lo tanto a disuadirlos de acudir al proceso. Sin embargo, como también se ha señalado anteriormente, la regulación concreta de este extremo en la nueva redacción del art. 394 LEC y el incidente de exoneración y moderación de costas procesales de los arts. 245 y 245 bis LEC, convertirá este extremo en excepcional. En consecuencia, no parece que, excepto que el Tribunal Constitucional modifique su criterio en un futuro o entendiese que el alcance del abuso del servicio público de Justicia en estos casos pudiese ser más amplio del aquí considerado, la nueva regulación de la condena en costas vaya a ser tenida por inconstitucional.

6. Conclusiones

La LMME tiene como intención declarada la de dar un impulso a los MASC con el objetivo de reducir el número de asuntos que ingresan en los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil. La forma en la que se confía para obtener este objetivo es la de obligar a las partes procesales a intentar lograr una resolución previa del conflicto a través de fórmulas autocompositivas. Para ello se introduce un nuevo requisito de procedibilidad en el enjuiciamiento civil consistente en acreditar documentalmente que se ha intentado una negociación previa a la presentación de la

de Registradores de España, núm. 103, 2022, pp. 49 ss; BELLIDO PENADÉS, *Medios alternativos de solución de conflictos y derecho a la tutela judicial efectiva en derecho privado (español y de la Unión Europea)*, p. 101.

⁹⁷ BELLIDO PENADÉS, *Medios alternativos de solución de conflictos y derecho a la tutela judicial efectiva en derecho privado (español y de la Unión Europea)*, pp. 101 ss.

⁹⁸ BELLIDO PENADÉS, *Medios alternativos de solución de conflictos y derecho a la tutela judicial efectiva en derecho privado (español y de la Unión Europea)*, pp. 105 ss.

demanda, sin el cual esta no será admitida. Además, en la condena en costas y en el nuevo incidente de moderación y exoneración de costas procesales se tendrá en cuenta, junto con el tradicional criterio de vencimiento y los también clásicos de temeridad y mala fe, la existencia de un abuso del servicio público de Justicia. A través de este nuevo concepto, se busca penalizar a las partes que hubiesen rehusado la tentativa de acuerdo previo al proceso o que no han aceptado las soluciones propuestas en esta vía que hayan sido sustancialmente iguales a las acordadas en la posterior resolución judicial, por haber malgastado los recursos de la Administración de Justicia.

Este nuevo sistema supone *de facto* una privatización de la resolución de los conflictos. Los intentos autocompositivos de solución de controversias gozarán de preferencia frente a la composición judicial de la *litis*, lo que convierte a la Administración de Justicia en subsidiaria de los anteriores para una generalidad de asuntos. Queda por ver si este sistema será eficaz o no en reducir el número de pleitos que ingresan en la Administración de Justicia, pero supone un evidente menoscabo de las funciones sistémicas del Poder Judicial, reducido a un mero servicio público de resolución de conflictos y obviando su cometido como medio de afirmación de la ley y de realización de la Justicia. La búsqueda de la eficiencia y de la reducción de la litigiosidad se ha convertido en el único motor de la reforma, lo que podría tener repercusiones en la plena satisfacción de los derechos e intereses legítimos de las partes.

De todas formas, no puede afirmarse con rotundidad que la reforma pueda resultar inconstitucional, de acuerdo con la doctrina sentada tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno al derecho de acceso a la Jurisdicción. El legislador tiene libertad para establecer determinados requisitos para el ejercicio de acciones judiciales por parte de los ciudadanos, siempre que respondan a un fin legítimo, sean proporcionados a los objetivos perseguidos y no supongan de hecho obstáculos disuasorios para el acceso a la Justicia. Como se ha visto, la regulación de la LMME cumple con los parámetros fijados por ambos órganos jurisdiccionales. Sólo el hecho de que las personas que posean un derecho o interés legítimo se vean forzadas a llegar a acuerdos para evitar los gastos derivados del proceso judicial, como consecuencia de una exoneración de costas a la contraparte en virtud del principio del abuso del servicio público de Justicia plantearía una sombra de inconstitucionalidad sobre la normativa planteada. Pero ya se ha señalado que la regulación concreta de la LMME lleva a pensar que estos supuestos serán excepcionales.

No ha sido la intención de este trabajo ni negar la virtualidad de los MASC como instrumentos adecuados para satisfacer las pretensiones de Justicia de la ciudadanía, ni tampoco restar importancia al uso abusivo del proceso judicial que se viene produciendo en determinados casos, particularmente por grandes corporaciones que, en lugar de reconocer los derechos de las personas consumidoras, las obligan a litigar en defensa de sus posiciones claramente fundadas desde el punto de vista práctico y jurídico, o de compañías de defensa jurídica que rehúsan acuerdos favorables a sus clientes porque su fuente principal de ingresos son las condenas en costas. Pero el reconocimiento de que parte del diagnóstico es correcto no implica compartir el tratamiento. Seguramente, con tomar medidas parciales para los supuestos de abuso localizados, parte del problema se podría solventar, particularmente si estas situaciones se incluyesen específicamente en el ámbito tradicional de la mala fe o la temeridad⁹⁹. La introducción de un nuevo concepto ligado a estos, pero distinto y sin contornos claros es posible que sea fuente de

⁹⁹ MARTÍNEZ DE SANTOS, *Práctica de Tribunales*, núm. 151, 2021, p. 9.

incertidumbre y de una complejidad innecesaria. Por otro lado, convertir a los MASC en un requisito obligatorio y cuya confidencialidad puede ser excepcionada *a posteriori* desnaturaliza su esencia y afecta a su funcionamiento y al modo en que las partes se conducen en su seno¹⁰⁰. Es muy posible surjan estrategias procesales y formulación de propuestas de solución cuyo objetivo no sean la consecución de un acuerdo, sino la preconstitución de una posible condena en costas o exoneración posterior de la misma.

Si los poderes públicos quieren aumentar la utilización de los MASC deben fortalecerse estos sistemas, hacerlos fácilmente accesibles para la ciudadanía, contribuir a crear un sistema robusto y que genere confianza, tanto por los profesionales que intervienen como por las instituciones que lo respaldan, en lugar de simplemente obligar a las partes a utilizarlos¹⁰¹. Ello, desde luego, supone inversión económica y tiempo, elementos ambos de los que seguramente se carezca en estos momentos. Veremos qué pasa en el futuro.

7. Bibliografía

ACHÓN BRUÑÉN, María José, «Problemas que va a suscitar la nueva regulación de las costas procesales prevista en la futura ley de medidas de medidas de eficiencia procesal», *Diario La Ley*, núm. 10218, 2023.

ACHÓN BRUÑÉN, M^a José, «Relevancia práctica de la STC 156/2021, de 16 de septiembre: inconstitucionalidad del régimen de imposición de costas en procesos de cláusulas suelo y discriminación a los consumidores que no son personas físicas», *Diario La Ley*, núm. 9959, 2021.

ALMAGRO NOSETE, José, «El libre acceso como derecho a la jurisdicción», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. 14, núm. 37, 1970, pp. 95 ss.

ÁLVAREZ GARCÍA, Héctor, «La premediación como presupuesto procesal de admisibilidad versus el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción», en CABRERA MERCADO, Rafael (dir.) y QUESADA LÓPEZ, Pedro Manuel (coord.), *La mediación como método para la resolución de conflictos*, Dykinson/Universidad de Jaén, Madrid, 2017, pp. 85 ss.

ARANDA JURADO, Mar, «La mediación obligatoria mitigada como instrumento para la promoción de la mediación en los asuntos civiles y mercantiles en el ordenamiento jurídico español», en JIMÉNEZ CONDE, Fernando/BELLIDO PENADÉS, Rafael (dirs.) y LLOPIS NADAL, Patricia/DE LUIS GARCÍA, Elena, *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 527 ss.

ARSUAGA CORTÁZAR, José, «A vueltas con la negociación previa como presupuesto procesal para la admisión de la demanda civil», *Boletín Derecho Privado*, núm. 3, 2023, pp. 45 ss.

¹⁰⁰ ARSUAGA CORTÁZAR, *Boletín Derecho Privado*, núm. 3, 2023, p. 54. En este sentido se pronuncia también ARMENTA DEU, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 117/118, 2025, p. 247 para quien «la configuración legal contenida en la LO 1/2025 traiciona la esencia de los llamados métodos adecuados de resolución de controversias, enderezándoles a un fin que siendo el propio, alcanzar un pacto, los distorsiona con una obligatoriedad que les resulta extraña. La elección de un MASC se sustenta en el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, la disponibilidad de los derechos y el respeto al acceso a la jurisdicción, sin cortapisar ni entorpecer no solo el derecho de acceso a la justicia sino ver satisfecho el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva».

¹⁰¹ HERRERA DE LAS HERAS, *InDret*, núm. 1, 2017, p. 18.

ARMENTA DEU, Teresa, «El derecho a la tutela judicial efectiva: una perspectiva desatendida», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 117/118, 2025, pp. 240 ss.

ASENCIO MELLADO, José M., «Eficiencia, poder judicial y proceso», *Práctica de Tribunales*, núm. 148, 2021.

BANACLOCHE PALAO, Julio, «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿Una vuelta al pasado?», *Diario La Ley*, núm. 9814, 2021.

BARONA VILAR, Silvia, «La incorporación de la mediación en el nuevo modelo de Justicia», en BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, v. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 227 ss.

BELLIDO PENADÉS, RAFAEL, *Medios alternativos de solución de conflictos y derecho a la tutela judicial efectiva en derecho privado (español y de la Unión Europea)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

BONET NAVARRO, Ángel, «El acceso a la Justicia», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 18, 2006, pp. 14 ss.

BUENO OCHOA, Luis, «La efectividad de la tutela judicial acorralada por la eficacia y la eficiencia», en GRANDE YÁÑEZ, Miguel/DÍEZ RIAZA, Sara, (coords.), *Tutela judicial efectiva. Resistencia y expansión*, Dykinson, Madrid, 2024, pp. 193 ss.

CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, «El derecho fundamental de acceso a la justicia civil y su configuración por el Tribunal Constitucional», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 16, 2013.

CALAZA LÓPEZ, Sonia, «La externalización de la justicia como antídoto para recobrar la eficiencia perdida», en CALAZA LÓPEZ, Sonia/ORDENANA GEZURAGA, Ixusko (dirs.) y MUINELO COBO, José Carlos/SUBERBIOLA GARBIZU, Irune (coords.), *Externalización de la justicia civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 29 ss.

CALAZA LÓPEZ, Sonia, «¿Una multa por litigar? Sí, Usted ha incurrido en un abuso de la Justicia como servicio público cuando debería haber procurado la desjudicialización de su conflicto», *Nueva Fiscalidad*, núm. 2, 2024, pp. 45 ss.

CACHÓN CADENAS, Manuel, «La buena fe en el proceso civil», *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 18, 2005, pp. 209 ss.

CANALES ALIENDE, José Manuel, «La administración de la Justicia: hacia una visión gerencial del servicio público de la justicia», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 73, 1991, pp. 213 ss.

CARRETERO MORALES, Emiliano, «¿Puede contribuir el nuevo modelo de obligatoriedad mitigada de la mediación a mejorar la eficiencia del proceso civil? Breve análisis del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación», en JIMÉNEZ CONDE, Fernando/BELLIDO PENADÉS, Rafael (dirs.) y LLOPIS NADAL, Patricia/DE LUIS GARCÍA, Elena, *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 579 ss.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, “Los métodos adecuados de solución de conflictos según el proyecto de eficiencia procesal”, en CALAZA LÓPEZ, Sonia/ORDENANA GEZURAGA, Ixusko (dirs.) y MUINELO COBO, José Carlos/SUBERBIOLA GARBIZU, Irune (coords.), *Externalización de la justicia civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 289 ss.

COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Bruselas, 2016.

CUADRADO ZULOAGA, Daniel, «Temeridad o mala fe como presupuesto para la imposición de costas», *Actualidad administrativa*, núm. 7, 2006, pp. 852 ss.

DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, «Las costas en el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal», en CALAZA LÓPEZ, Sonia/ORDENANA GEZURAGA, Ixusko/SIGÜENZA LÓPEZ, Julio (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 819 ss.

DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes, «El acceso a la justicia y las tasas judiciales», *Actualidad Civil*, núm. 2, 2015.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «Las tasas Judiciales a juicio», *InDret*, núm. 1, 2017.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar, «El nuevo paradigma de resolución de conflictos en consumo. Cómo la Ley Orgánica 1/2025 impone la reclamación o negociación previa antes de demandar, consagra un régimen sancionador para empresarios incumplidores y redefine el acceso a la justicia en litigios de consumo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 53, 2025, pp. 62 ss.

ESCUDERO MORATALLA, José F./FERRER ADROHER, Mercè, «La Administración de Justicia como servicio público», *Diario La Ley*, núm. 9681, 2020.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «La justicia no es un servicio público: examen provisional del proyecto de reforma procesal. (En situación parlamentaria de “enmiendas”)\», *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, núm. 39, 2009, pp. 619 ss.

FERNÁNDEZ BENAVIDES, Miguel, «El futuro de la condena en costas y la (más que probable) supervivencia del criterio del vencimiento objetivo», *Diario La Ley*, núm. 9246, 2018.

GONZÁLEZ ALONSO, Alicia, «Las tasas judiciales (o sobre la aflicción) desde la perspectiva constitucional», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, 2013, pp. 157 ss.

GONZÁLEZ GARCÍA, Saúl, «La proposición de modificación del art. 394 LEC del vencimiento objetivo a la temeridad: un análisis crítico a la vista de la propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes en el proceso civil y el Derecho comparado», *Práctica de tribunales*, núm. 134, 2018.

GUERRA PÉREZ, Miguel, «Condena en costas: ¿deben reformarse la LEC y la LJCA para pasar del vencimiento a la temeridad?», *Proceso civil: cuaderno jurídico*, núm. 130, 2018, pp. 24 ss.

HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, «La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles», *InDret*, núm. 1, 2017.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, «Los medios adecuados de solución de controversias en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia», *La Ley Mediación y Arbitraje*, núm. 11, 2022.

JUAN SÁNCHEZ, Ricardo, «La responsabilidad disciplinaria de los abogados por mala fe procesal y la competencia de los colegios profesionales para su determinación», en BLASCO PELLICER, Ángel Antonio, (coord.), *El trabajo profesional de los abogados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 225 ss.

LÓPEZ GUERRA, Luis, «La justicia como derecho ciudadano. Algunas cuestiones actuales», *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*, núm. 5, 2009, pp. 27 ss.

LÓPEZ GUERRA, Luis, «La modernización de la Justicia como servicio público», *Revista de Derecho Político*, núm. 47, 2000, pp. 11 ss.

LÓPEZ YAGÜES, Verónica, «Mediación y otros MASC bajo el paraguas de un nuevo concepto del derecho de acceso a la justicia y el deber de asegurar la eficacia y sostenibilidad del sistema», en CALAZA LÓPEZ, Sonia/ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko/SIGÜENZA LÓPEZ, Julio (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 135 ss.

LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel, «La buena fe procesal: consideraciones doctrinales y jurisdiccionales», *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 18, 2005, pp. 41 ss.

LORCA NAVARRETE, Antonio M., «El elogio del eficientismo procesal del servicio privado de justicia en el anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2021, pp. 162 ss.

MARCOS GONZÁLEZ, María, «La insuficiencia de la condena en costas del PLEP para el impulso de los MASC en España», en CALAZA LÓPEZ, Sonia/ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko/SIGÜENZA LÓPEZ, Julio (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 783 ss.

MARTÍNEZ DE LEÓN, Manuel, «Estándares de homologación constitucional de los medios adecuados de solución de controversias», en PÉREZ MARTELL, Rosa, (coord.), *Eficiencia procesal. Modernización de la Justicia*, J.M. Bosch, Barcelona, 2021, pp. 151 ss.

MARTÍNEZ DEL TORO, Susana, «¿Cómo se deberían regular mejor las costas judiciales en el proceso civil? Situación actual y propuestas de reforma», *Práctica de Tribunales*, núm. 146, 2020.

MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto, «Particularidades de la reforma de las costas en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia», *Práctica de Tribunales*, núm. 154, 2022.

MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto, «La regulación de la tasación de costas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (arts. 244, 245, 245 bis y 245 LEC) y de la multa del art. 247 LEC», *Práctica de Tribunales*, núm. 151, 2021.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Alfonso, «Garantías constitucionales en el proceso civil», en RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo J. (coord.), *La aplicación jurisdiccional de la constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 153 ss.

MARTÍNEZ PALLARÉS, José I., «El debate sobre las costas procesales, desde la perspectiva ADR», *Práctica de Tribunales*, núm. 131, 2018.

MATTEUCCI, Giovanni, «MASC: Métodos alternativos o adecuados de solución de controversias. Spain and Italy», en PÉREZ MARTELL, Rosa, (coord.), *Eficiencia procesal. Modernización de la Justicia*, J.M. Bosch, Barcelona, 2021, pp. 125 ss.

MERELLES PÉREZ, Manuel, «La mediación como requisito previo de admisión de la demanda», *Diario La Ley*, núm. 8682, 2016.

MERELLES PEREZ, Manuel, «Sanción por mala fe procesal por no intentar la mediación», *Diario La Ley*, núm. 8490, 2015.

MILIONE, Ciro, «La función judicial en el marco del Estado social y autonómico español: ¿Poder o servicio público?», *Estudios de Deusto*, núm. 62-2, 2014, pp. 287 ss.

MONTERO LÓPEZ, Raúl, «Derecho de acceso a la jurisdicción y tasas judiciales. La justicia no es gratuita», en EZURMENDÍA ÁLVAREZ, Jesús (dir.), *Principios de Justicia Civil*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2021, pp. 327 ss.

MORENO GARCÍA, Lucía, «La inconstitucionalidad (parcial) del Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo», *Diario La Ley*, núm. 9956, 2021.

MUÑOZ SABATÉ, Lluís, «Dos clases de temeridad en orden al criterio sobre imposición de costas», *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 91, Núm. 4, 1992, pp. 1057 ss.

OLIVEROS ROSELLÓ, María, J., «Sobre el servicio público de justicia», *Diario La Ley*, núm. 9888, 2021.

ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, «Tuvimos un sueño... y se convirtió en pesadilla o sobre la ordenación de las técnicas extrajudiciales en el ámbito privado mediante la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia», *La Ley Mediación y Arbitraje*, núm. 22, 2025.

OROMÍ I VALL-LLOVERA, Susanna, «La mediación de consumo como requisito de admisibilidad del proceso judicial según el Tribunal de Justicia de la UE. (Comentario de la Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 14 de junio de 2017, en el Asunto C-75/16 Livio Menini y Maria Antonia Rampanelli / Banco Popolare Società Cooperativa)», en JIMÉNEZ CONDE, Fernando (dir.) y FUENTES

SORIANO, Olga/GONZÁLEZ CANO, María Isabel, (coord.), *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales. I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 459 ss.

ORTELLS RAMOS, Manuel, *Introducción al derecho procesal*, Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 41 ss.

ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, «Comentarios al Anteproyecto de Ley de Eficacia Procesal», *La Ley Mediación y Arbitraje*, núm. 7, 2021.

PARLAMENTO EUROPEO, *Rebooting' the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU*, Bruselas, 2014.

PEREA GONZÁLEZ, Alvaro, «Breve comentario al concepto de abuso del servicio público de justicia en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal», *Diario La Ley*, núm. 9774, 2021.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente, «La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva», *InDret*, 2, 2019.

PÉREZ ESTRADA, Miren J., «La Justicia, ¿un servicio público?», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 57, 2022.

PÉREZ MARÍN, Antonio: «Acceso a la Jurisdicción ordinaria o civil a la luz de los valores y principios constitucionales», *Anales de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 5/2009-2014, pp. 381 ss.

PICÓ I JUNOY, Joan, «MASC y costas procesales en el futuro proceso civil: ¿La cuadratura del círculo?», *Diario La Ley*, núm. 9801, 2021.

PICÓ I JUNOY, Joan, «El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional», *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 18, 2005, pp. 15 ss.

PICÓ I JUNOY, Joan, *El principio de la buena fe procesal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2003.

REBOLLO ÁLVAREZ, José Luis, *Proceso civil, economía y mercado*, Atelier, Barcelona, 2024.

SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto, «La administración de justicia, ¿servicio público o poder del estado?», *Jueces para la democracia*, núm. 65, 2009, pp. 24 ss.

SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, «El acceso a la jurisdicción como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva», en *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, 1997, pp. 884 ss.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Raúl, «Tendencias actuales en el acceso a la justicia civil», *Iudicium. Revista de Derecho Procesal de la Asociación Iberoamericana de la Universidad de Salamanca*, núm. 4, 2018, pp. 23 ss.

SÁNCHEZ POS, M. Victoria, «Hacia un modelo de obligatoriedad mitigada de la mediación. Comentario breve al Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación», en JIMÉNEZ CONDE, Fernando/BELLIDO PENADÉS, Rafael (dirs.) y LLOPIS NADAL, Patricia/DE LUIS GARCÍA, Elena, *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 923-930.

SÁNCHEZ VALLE, M. del Rosario, «¿Mediación voluntaria o preceptiva?: Reflexiones a la luz del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 103, 2022, pp. 30 ss.

SERRANO HOYO, Gregorio, «Consecuencias procesales derivadas de la no evitación del proceso a través de los MASC: En especial, en materia de costas y multas por abuso del servicio público de justicia», en CALAZA LÓPEZ, Sonia/ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko/SIGÜENZA LÓPEZ, Julio (dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 881 ss.

SIGÜENZA LÓPEZ, Julio, «Derecho de acceso a los tribunales y mediación obligatoria con carácter previo al ejercicio de acciones ante la jurisdicción. Normativa europea», en JIMÉNEZ CONDE, Fernando (dir.) y FUENTES SORIANO, Olga/GONZÁLEZ CANO, María Isabel, coords.), *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales. I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 533 ss.

SIMÓN, Luis M., «Abuso del proceso», *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 4, 2003, pp. 467 ss.

SOSA WAGNER, Francisco, «Poder Judicial, Jueces y servicio público», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 109, 2006, pp. 85 ss.

TAJADURA TEJADA, Javier, «Reflexiones en torno a la configuración de la justicia como servicio público», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 8-9, 2001-2002, pp. 177 ss.

TARUFFO, Michele, «El abuso del proceso», *Advocatus*, núm. 32, 2015, pp. 227 ss.

TIERNO BARRIOS, Selena, «Los medios alternativos de resolución de conflictos como vertiente del derecho de acceso a la justicia en una sociedad intercultural», en YURREBASO, Amaia (dir.) SEIXAS VICENTE, Isabel/CABEZAS VICENTE, Manuel (coords.), *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género IV interculturalidad y Derechos Humanos*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2021, pp. 137 ss.

VALLESPÍN PÉREZ, DAVID, *Mediación mercantil y eficiencia procesal*, Wolters Kluwert, Madrid, 2022.
VÉLEZ TORO, Antonio, J., «La huida del proceso civil», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 53, 2021.

Amenazas que matan: inducción al suicidio, homicidio en autoría mediata y principio acusatorio. Comentario a la STS 1077/2025, de 16 de enero de 2026, por Oriol MARTÍNEZ SANROMÀ.

La paradoja de la imposición de medidas de seguridad y la volubilidad de la enfermedad mental. Comentario a la STS 1046/2025, de 17 de diciembre, por Rocío ARREGUI MONTROYA.

Las dilaciones indebidas *ex post iudicio* y su errático tratamiento por el Tribunal Supremo. Comentario a la STS 1078/2025, de 29 de enero de 2026, por Pablo LIGHTOWLER-STAHMBERG JUANES.

Réquiem por el artículo 324 LECrim. Comentario a la STS (Pleno) 106/2026, de 9 de febrero, con voto particular, por Luis ENRIQUE GRANADOS.

-

* 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.

Amenazas que matan: inducción al suicidio, homicidio en autoría mediata y principio acusatorio

Comentario a la STS 1077/2025, de 16 de enero de 2026

Oriol Martínez Sanromà
Universitat Oberta de Catalunya
omartinezs@uoc.edu

-

1. Introducción

La sentencia objeto de este comentario¹ plantea la calificación jurídico-penal que merece el hecho de estimular a través de amenazas a un sujeto a realizar una acción autolítica. Esta problemática invita a analizar los requisitos necesarios para hablar de «muerte consciente y voluntaria» (suicidio) en casos de menores de edad y contextos coactivos, así como los límites entre el homicidio en autoría mediata y la inducción al suicidio. Sobre este punto, la conclusión del Tribunal Supremo es la siguiente: amenazar a un chico de 17 años, creando con ello un contexto de presión emocional, de tal manera que este acaba suicidándose tras advertirlo previamente, constituye una forma mediata de realizar imprudentemente el tipo de homicidio. Frente a esta consideración, entiendo que el camino más correcto hubiera sido valorar el caso desde el prisma del art. 143.1 CP. Sin embargo, las implicaciones del principio acusatorio vedaban procesalmente esta vía. El objetivo de estas páginas es analizar la que considero una resolución bien ponderada y los posibles planteamientos alternativos que, en términos estrictamente teóricos, se hubieran podido esgrimir. A dichos efectos, inicio el comentario exponiendo los antecedentes procesales del caso, analizando la primera sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Castellón² (apdo. 2). Continúo presentando el contenido de la resolución del Tribunal Supremo, ordenando los argumentos que este esgrime para estimar algunos de los motivos planteados en el recurso de casación (apdo. 3). Tras esta exposición, planteo la posibilidad de valorar la muerte de la víctima como un suicidio, mostrando a su vez ciertas consideraciones sobre el principio acusatorio. Asentado este punto, presento la estructura de imputación de responsabilidad penal con la que, entiendo, debía haberse canalizado la desaprobación del caso: la inducción al suicidio ex art. 143.1 CP (apdo. 4). Cierro con unas breves conclusiones (apdo. 5).

¹ STS 1077/2025, Penal, de 16 de enero de 2026 (ECLI:ES:TS:2026:43).

² SAP Castellón 11/2022, Sección 100, de 29 de julio (ECLI:ES:APCS:2022:555). Puede encontrarse un análisis de esta primera resolución en MARTÍNEZ SANROMÀ, «¿Homicidio o inducción al suicidio? A propósito de la SAP Castellón 11/2022, de 29 de julio», *Diario La Ley*, (10675), 2025, pp. 1 ss.

2. Antecedentes: la SAP Castellón 11/2022, de 29 de julio

2.1. Hechos probados

El 1 de diciembre de 2016, el acusado, *W*, se puso en contacto a través de la aplicación *WhatsApp* con *J*, de 17 años de edad, y le envió más de 119 mensajes en menos de tres horas. *J*, horas antes, había accedido a una página web de contenido adulto, donde había conocido al acusado. Entre los mensajes que este le envió, figuran los siguientes: «tengo toda la conversación en el otro teléfono», «y lo voy a publicar con tu número de teléfono», «ahora saltarás de alegría cuando todo esto salga a la luz», «te voy a enseñar a no hacer perder el tiempo a los que nos dedicamos a esto», «verás que alegría tendrán tus papás», «lo sentirás más ahora porque mañana por la mañana esto ya estará en manos de mi abogado», «te juro que te vas a comer un buen marrón», «pues ahora atente a las consecuencias», «¿quieres saltar ahora?», «si te suicidas les dejarás el marrón a tus papás», «no creas que con eso se acaba todo», «pobre de ti la que te va a caer encima», «por meterte en una página para mayores voy a arruinar a tus padres por tu culpa», «vas a llorar lágrimas de sangre delante de los jueces y de tus padres». Como consecuencia de estos mensajes, *J* le dijo a *W* que era menor de edad y le pidió reiteradamente disculpas, e incluso le mandó mensajes de audio diciéndole «por favor no lo hagas», «haré lo que quieras» o «me vas a arruinar la vida», avisándole repetidamente que, si continuaba así, se iba a suicidar. Según se relata en los hechos probados, *W* «era plenamente sabedor de la angustia y del desasosiego que estaba produciendo en el menor, hasta el extremo de querer quitarse la vida, y conociendo la alta probabilidad de que se produjera la muerte del menor suicidándose como le había anunciado, y aceptándolo, *W* continuó mandándole mensajes». Todo ello originó que *J*, a las 18:40 de ese mismo día, saltara al vacío desde su habitación, produciéndose su fallecimiento. La sentencia remarca que *W* tenía conocimiento de que *J* era menor de edad y «se aprovechó expresamente y concretamente de tal situación, sabiendo y conociendo de la inmadurez y de la vulnerabilidad que mostraba».

2.2. Calificación jurídica

La Audiencia Provincial de Castellón condenó al acusado como autor de un delito de homicidio doloso a la pena de diez años de prisión. Dos son los argumentos que utilizó la Audiencia para alcanzar esta conclusión. Primero: *W* configuró un riesgo jurídico-penalmente desaprobado de muerte al generar un contexto emocional propicio para que *J* decidiera lanzarse por el balcón. Citando al efecto la STS 928/2013, Penal, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:5807), la Audiencia canalizó valorativamente el supuesto a través del *topos* de la (auto)puesta en peligro de la víctima: esta llevó a cabo una conducta «arriesgada» (lanzarse por la ventana) como consecuencia del comportamiento peligroso del acusado, de tal manera que «quien genera un peligro para el bien jurídico protegido concreto, peligro jurídico y socialmente desaprobado, ha de responder en todo caso cuando el resultado antijurídico, al que dicho peligro aboca, se produce». La conducta de la víctima, por tanto, no presentaba los requisitos necesarios para (digamos en términos al uso) interrumpir el nexo de imputación entre el comportamiento cuantitativamente peligroso del acusado y el resultado de muerte. Segundo: *W* actuó con dolo eventual, única calificación posible del hecho desfavorable probado por el Jurado consistente en que este «era plenamente sabedor de la angustia y del desasosiego que estaba produciendo en el menor, hasta el extremo de querer quitarse la vida, y conociendo la alta probabilidad de que se produjera la muerte del menor suicidándose como le había anunciado (...) continuó mandándole mensajes».

3. La Sentencia del Tribunal Supremo 1077/2025, de 16 de enero

La resolución en comento repara en dos aspectos sustantivos fundamentales. Por un lado, la posibilidad de valorar la muerte de la víctima como un suicidio en sentido genuino o como una autolisis no-libre. Por otro lado, el título de imputación subjetiva (dolo o imprudencia) con el que atribuir la desaprobación del hecho a su autor. Ambos problemas se abordan como consecuencia de las alegaciones esgrimidas por el recurrente, condensadas en la objeción de desproporcionalidad achacada a la primera sentencia y al supuesto *error iuris* en el que esta incurrió al calificar los hechos como un delito de homicidio. Al efecto, los objetivos de la defensa eran «o absolución (falta de imputación objetiva; inexistencia de prueba suficiente de un dolo eventual...); o una condena más liviana (se sugiere una imprudencia *menos grave*)» (FJ Tercero).

3.1. ¿Suicidio o muerte involuntaria?

En su recurso de casación, la defensa alegó que la muerte de la víctima debía reputarse como un suicidio, esto es, un «acto libre». De ser así, en opinión del recurrente, el resultado de muerte sería exclusivamente imputable a dicha víctima como consecuencia de un ejercicio de soberanía personal (textualmente: «alguien (...) ha decidido quitarse la vida de manera voluntaria. El resultado producido sería consecuencia de su propia acción»). Así pues, pareciera que las opciones posibles fueran dos: o bien la muerte fue un «acto no-libre», de tal forma que esta tendría que imputarse en exclusiva al acusado (= homicidio en autoría mediata); o bien la muerte fue un «acto libre», lo que impediría esta última posibilidad (= absolución). Sobre esta disyuntiva, hay que apuntar una primera objeción: que un comportamiento autolítico merezca la calificación de «muerte libre y voluntaria» (= suicidio) y no de «muerte no libre y/o no voluntaria» no implica necesariamente que de la lesión al bien jurídico «vida» deba responder únicamente el propio actuante. Ciertamente, el recurrente desatiende (seguramente, de forma consciente) la existencia del art. 143.1 CP³. Este precepto habilita precisamente al intérprete a desaprobador la inducción al suicidio en tanto que conglomerado de acciones capacitadas para determinar a alguien a realizar un comportamiento libre de estas características. Más allá de sus requisitos típicos, el hecho de que *W* estimulara mediante amenazas la autolisis de *J* permite validar la eventualidad de analizar el caso desde la óptica del art. 143.1 CP. ¿Problema? Ninguna acusación planteó esta alternativa, de tal forma que, para el caso en concreto y de acuerdo con el principio acusatorio⁴, es cierto que la consideración de la conducta de *J* como un suicidio debería haber llevado a la absolución. Es por ello que el Tribunal Supremo dedica gran parte de su esfuerzo argumentativo a evitar este desenlace.

Al efecto, la posición del alto tribunal es clara: la muerte de *J* «[n]o es un *suicidio al uso*, digámoslo así. (...) [P]uede afirmarse en este caso que la víctima se vio empujada por la presión –vis *compulsiva*– ejercida por el acusado al escapar de un futuro inmediato que se le antojaba terrible –reacción de los padres, posible difusión, un procedimiento judicial...– por el único medio a su alcance que se le presentaba en aquel momento: quitarse la vida. No fue un acto libre, sino fruto de una coacción» (FJ Cuarto). Con ello, el Tribunal Supremo descarta expresamente que la muerte

³ No correspondería analizar el caso, en cambio, desde la óptica del art. 143 *bis* CP. En opinión del TS, al tratarse de un delito de peligro, el mismo queda «desbordado cuando se materializa el resultado que se quiere prevenir». Esta conclusión es, sin embargo, criticable: si la difusión de un contenido propicio para incitar a menores de edad y personas con discapacidad ha tenido un impacto en otros sujetos, subsistiría un contenido material de desaprobación a captar por ese mismo precepto.

⁴ Vuelvo a ello *infra* apdo. 4.1.

de la víctima pueda entenderse como un acto expresivo de una plena voluntariedad, al verse *J* determinado «por coacciones o presiones o amenazas idóneas para propiciar una decisión tan trágica» (FJ Tercero). Al respecto, la sentencia repara en que los hechos probados transmiten «un *in crescendo* de persona atormentada que se ve acorralada ante una amenaza que le causa pavor, hasta el punto de, al comprobar que quien le atosiga no solo no cede un milímetro en sus amenazas sino que insiste en el plan con que le conmina mostrando absoluta insensibilidad hacia sus quejas y súplicas (nótese al día siguiente remitirá las imágenes que querían simular el cumplimiento de la amenaza), optar por la única escapatoria que concibe su mente para eludir esa situación que se representa como inminente considerándose incapaz de afrontarla. Sería insoportable vivir en ese escenario que se le anuncia y ve venir encima, y se arroja al vacío» (FJ Cuarto). En opinión del alto tribunal, optar por la autolisis como escapatoria ante una situación como la relatada no constituiría «suicidio genuino» o «suicidio al uso», sino un acto involuntario que permitiría hablar de «genuina autoría mediata». Con respecto a esta conclusión, la sentencia se apoya en un antecedente jurisprudencial muy significativo, a saber, la misma resolución con la que fundamentó sus argumentos la AP de Castellón: la STS 928/2013, Penal, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:5807). Volveré a ella más adelante en el texto. Prosigo por ahora con las cuestiones de tipicidad subjetiva.

3.2. ¿Dolo eventual o culpa consciente?

«¿Fue asumido y querido ese resultado [de muerte], aunque fuese como mera consecuencia que no le importaba, por el acusado?». Con este interrogante, el Tribunal Supremo condensa la problemática relativa al título de imputación subjetiva con el que atribuir la muerte de la víctima a *W*. Al respecto, el análisis de la sentencia se centra en la posibilidad de identificar prueba suficiente para fundamentar la concurrencia de los elementos del dolo eventual. Ciertamente, partiendo del hecho probado por el jurado, relativo a que *W* conocía «la alta probabilidad de que se produjera la muerte del menor suicidándose», la única valoración jurídico-penal plausible era hablar de dolo eventual con base en la teoría de la representación, jurisprudencialmente asentada⁵. El esfuerzo argumentativo del Tribunal Supremo se centra, entonces, en descartar que *W* tuviera efectivamente un conocimiento de la alta probabilidad de que se acabara produciendo el resultado de muerte. Dos son las razones que aporta la sentencia para armar esta hipótesis alternativa más favorable. Primera: «en ese episodio aislado –no hay ningún conocimiento entre los dos–, sin una comunicación directa en que se visualicen gestos, ademanes, reacciones, los textos escritos –o en audio– no son descifrables en todos sus matices». Segunda: puede acreditarse «la posibilidad de que el acusado, de nivel intelectual bajo y con habilidades escasas, según los informes evacuados, no alcanzase a captar, no ya el contenido de los mensajes, sino su necesidad: que plasmasen que efectivamente su interlocutor estaba sopesando el suicidio, que sus manifestaciones fuesen exteriorización de una voluntad real».

Con base en estas dos ideas, el Tribunal Supremo, en la segunda sentencia, plantea la siguiente reconsideración de los hechos probados: si bien el acusado «era plenamente sabedor de la angustia y del desasosiego que estaba produciendo en el menor, hasta el extremo de anunciarle que quería quitarse la vida, (...) [n]o consta si el acusado llegó a ser consciente de la probabilidad de que se llevase a cabo ese propósito ni si llegó a aceptarlo, aunque en ese contexto debía haber

⁵ Véase, p.ej., la STS 909/2023, Penal, de 13 de diciembre (ES:TS:2023:5605): «[S]i el sujeto actúa considerando ese resultado, no solo como posible sino además como probable, es decir con determinado grado elevado de posibilidad, lo hará con dolo eventual, y si sólo lo considera meramente posible pero improbable, actuará con culpa consciente o con representación, entendiendo como probabilidad algo más que la mera posibilidad aunque menos que probabilidad predominante».

ponderado esa posibilidad. Pese a ello continuó mandando mensajes del mismo tenor hasta que el menor (...) saltó al vacío por el patio interior del edificio de su domicilio». Ello permite a la sentencia acabar condenando al recurrente como autor de un delito de homicidio imprudente en concurso con un delito de amenazas con la pena única de tres años y seis meses de prisión con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

4. Una valoración crítica

4.1. El principio acusatorio como condicionante

«Un delito de inducción al suicidio no sería tipificación extravagante y de hecho ha sido sugerida en la doctrina. Pero aquí (...) no es camino explorable. Lo impiden los condicionantes impuestos por el principio acusatorio y el derecho a la defensa». Tal y como he indicado con anterioridad, el hecho de que ninguna de las acusaciones planteara una condena por un delito del art. 143.1 CP condicionó en buena medida la respuesta ofrecida por el Tribunal Supremo. La idea es clara: si bien el principio acusatorio permite condenar por un delito distinto al planteado por las acusaciones siempre y cuando entre ambos medie una relación de homogeneidad⁶, esta máxima no sería de aplicación en el presente caso. El delito de inducción al suicidio constituiría, entonces, un *aliud* con respecto al delito de homicidio. Esto último, por bien que el art. 143.1 CP implicaría una serie particular de problemas estructurales frente a los que el acusado no se pudo defender. Con esto dicho, la cuestión que se presenta es clara: ¿es esta una conclusión válida? De otro modo: ¿no podría el acusado de un delito de homicidio esgrimir una defensa para oponerse a una eventual condena por inducción al suicidio? Aunque he defendido en otro lugar la necesidad de contestar negativamente a esta pregunta⁷, ahora no lo tengo tan claro. Me explico:

El principio acusatorio garantiza la existencia de una confrontación dialéctica entre dos partes, lo que presupone conocer los argumentos del adversario (quien acusa) como condición ineludible para poder manifestar los propios (quien se defiende)⁸. Sin embargo, este principio no exige que exista una correspondencia exacta entre el delito objeto de la acusación y el delito al que, en su caso, será finalmente condenado el acusado. Lo único que se demanda es que esta condena constituya el resultado de un juicio contradictorio entre acusación y defensa. Y ello solo ocurriría cuando esta última haya podido acceder a la combinación de datos fácticos y valorativos que, más allá del contenido del *petitum* de la acusación, hayan acabado sosteniendo la decisión del tribunal. La exigencia de una homogeneidad entre el delito objeto de la condena y el que es objeto de la acusación cumple la función de criterio guía para satisfacer todo lo anterior. De conformidad con una jurisprudencia más que asentada, esta homogeneidad se dará cuando concurren tres requisitos. Los relaciono a continuación contrastándolos con el supuesto de hecho aquí analizado.

(A) *El delito por el que es condenado el acusado no puede comportar mayor pena que el delito más grave que era objeto de acusación.* En el presente caso, ello se cumple sin problemas: la inducción al delito (pena de prisión de 4 a 8 años) presenta un marco penológico menos gravoso que el homicidio doloso (pena de prisión de 10 a 15 años).

⁶ SSTC 123/2005 (Pleno), de 12 de mayo (BOE núm. 136, de 8 de junio de 2005); (Pleno), 133/2014, de 22 de julio (BOE núm. 199, de 16 de agosto de 2014).

⁷ MARTÍNEZ SANROMÀ, *Diario La Ley*, (10675), 2025, pp. 7 ss.

⁸ STC 122/2000 (Sala 2ª), de 16 de mayo (BOE núm. 147, de 20 de junio de 2000).

(B) *Una homogeneidad jurídica entre el delito objeto de la condena y el delito objeto de la acusación.* En la jurisprudencia, a este requisito se le suele dotar de contenido con referencias (indirectas) al principio de consunción como criterio resolutivo de un concurso de leyes (art. 8.3 CP). La idea es clara: el delito por el que finalmente es condenado el acusado presentará una relación de homogeneidad con el que era objeto de la acusación únicamente cuando aquel pueda entenderse integrado en el marco de desaprobación típica de este último. De allí que los delitos que suelen cumplir con esta condición constituyan, con respecto al delito por el que era formalmente acusado el procesado, o bien un *minus* de desaprobación⁹, o bien un eslabón parcial del conglomerado de elementos típicos que lo definen¹⁰. Trasladado al caso en comento: si ubicamos la inducción al suicidio en una posición intermedia en la línea de protección gradual de la vida humana independiente, la cual recorre de un mínimo (homicidio imprudente) a un máximo (homicidio doloso), el art. 143.1 CP puede entenderse como un *minus* de desaprobación con respecto al delito del art. 138 CP. Esta conclusión se refuerza en el momento en el que esta inducción al suicidio se contrapone a este mismo homicidio, pero complementado con una referencia a la estructura de la autoría mediata. Ciertamente, la auto-causación objetiva de la propia muerte (autolisis) puede reputarse subjetivamente, o bien como un acto voluntario (suicidio), o bien como un acto involuntario o no consentido (no suicidio). Solo en este último caso podrá pasarse a analizar (tal y como hace la sentencia objeto del presente comentario) si la muerte del actuante puede imputarse a la conducta de la persona de detrás *qua* realización mediata del tipo de homicidio. En caso contrario, podrá traerse a colación la estructura de la inducción al suicidio. En la medida en que esta última posibilidad resulta de una aminoración de la intensidad estimulante ejercida por la persona de detrás sobre el proceso deliberativo de la de delante, se puede considerar que la estructura del homicidio en autoría mediata integra en su marco de desaprobación una discusión sobre el nivel de intensidad del influjo motivacional en tanto que «eslabón parcial» autónomamente constitutivo de inducción al suicidio.

(C) *Una identidad fáctica.* Con respecto a este último requisito, cabe plantear una impresión básica: pareciera que la jurisprudencia establece una distinción tajante entre hechos (C) y valoración (B). Así pues, una cosa sería la relación de homogeneidad entre dos delitos en tanto que cuestión jurídica abstracta no condicionada por unos específicos hechos probados; y otra, la construcción de este soporte fáctico *a priori* desconectado de una ulterior valoración jurídica. En esta tesitura, «lo que efectivamente ha pasado» y «cómo debe valorarse lo efectivamente sucedido» se presentan como dos compartimentos estancos y correlativos de un sistema analítico basado en una distinción pura entre «hecho probado» y «desaprobación». Frente a esta manera de operar, cabe plantear la siguiente objeción: no es solo que toda valoración esté condicionada por un hecho probado, sino que estos mismos hechos probados se construyen en atención a la valoración jurídica que van a recibir con posterioridad. De forma muy simple: si acuso por un delito de homicidio doloso, me interesará probar que el sujeto conocía, como mínimo, la alta probabilidad de que su conducta acabara causando un resultado de muerte (dolo eventual), de la misma manera que al acusado le interesará contradecir este hecho para concluir que, o bien esa probabilidad era baja (imprudencia), o bien era imperceptible (error de tipo invencible). A mi modo de ver, y sin perjuicio de que el asunto amerite de un mayor desarrollo, lo importante para que se respete el principio acusatorio es que exista una conexión, no entre dos delitos *in abstracto*, sino entre dos posiciones enfrentadas en las que se entremezclan aspectos tanto fácticos como valorativos. Y todo ello debe hacerse en aras de determinar si el condenado por un

⁹ Así, el delito de resistencia con respecto al delito de atentado. Véase la SAP Cádiz 262/2025, Sección 8ª, de 3 de noviembre.

¹⁰ Así, el delito de daños con respecto al delito de robo. Véase la SAP Lugo 313/2025, Sección 2ª, de 23 de octubre.

delito distinto al delito que era objeto de la acusación, en atención a las circunstancias específicas del caso, pudo esgrimir una defensa contra los hechos y valoraciones que acabaron por sustentar esa misma condena. Lo anterior puede proyectarse al presente caso de la siguiente manera:

¿Qué implica defenderse frente a una acusación por el art. 143.1 CP? Doctrinal y jurisprudencialmente se tiende a responder a esta pregunta de forma análoga a cómo se responde para el caso de la inducción al delito ex art. 28.a) CP, efectuando únicamente variaciones en lo que al objeto del influjo se refiere¹¹. De allí los siguientes puntos a acreditar:

1. La muerte de la víctima tiene que poder calificarse como suicidio (= «muerte libre, consciente y voluntaria»)¹².
2. El inductor debe causar la resolución suicida de la víctima, lo que imposibilita hablar de inducción de personas previamente resueltas a la autolisis (*omnimodo facturatus*)¹³.
3. La inducción debe ser directa, expresa y eficaz¹⁴.
4. El inductor debe conocer y/o querer la creación de la resolución suicida y que la víctima efectivamente se suicide («doble dolo» del inductor)¹⁵.

¿Frente a qué pudo defenderse efectivamente el acusado en el juicio? Formalmente, las acusaciones calificaron los hechos como constitutivos de un delito de homicidio del art. 138 CP; y, alternativamente, como constitutivos de un delito de homicidio por imprudencia grave del art. 147.1 CP, de un delito de coacciones en su modalidad de acoso del art. 172 *ter* 1.2.^a CP y de un delito continuado de amenazas de los arts. 169.2 y 74 CP. A ello se le suma la petición de la acusación particular relativa a la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal de abuso de superioridad ex art. 22.2.^a CP. Con esto dicho, es obvio que la inducción al suicidio del art. 143.1 CP no figura en el “listado” de delitos posibles a imputar al acusado. Sin embargo, relaciono a continuación los hechos desfavorables frente a los que tuvo que enfrentarse en específico el acusado:

- «Los mensajes repetitivos, continuos y constantes recibidos por el menor J en una conversación (...) tenían por objeto amedrantar al menor creando en él una situación permanente de hostigamiento y de chantaje emocional, que le alteró gravemente el desarrollo de su vida».

¹¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/BARBER BURUSCO, «Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozos del tratamiento penal en España», *Revista Nuevo Foro Penal*, (79), 2012, p. 128. Igualmente, 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, p. 11. En la jurisprudencia, véase la SAP Vizcaya, Sección 1^a, 28/2009, de 23 de abril (ECLI:ES:APBI:2009:223).

¹² Sobre el concepto jurídico-penal de suicidio, véase por el momento 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.

¹³ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Inducción y cooperación al suicidio. Eutanasia», *Memento Penal*, 2023, nm. 7160; OLMEDO CARDENETE, «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*, 2001, p. 134.

¹⁴ JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, 1994, pp. 113 s. En la jurisprudencia, véase el AAP Madrid, Sección 16^a, 170/2006, de 24 de marzo (ECLI:ES:APM:2006:3401A).

¹⁵ 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. En la jurisprudencia, véase la SAP Vizcaya, Sección 1^a, 28/2009, de 23 de abril (ECLI:ES:APBI:2009:223).

- Los mensajes «tenían cada uno de ellos por objeto intimidarle, amedrentándole y obligándole a hacer lo que no quería, y todo ello contra su voluntad».
- «Muchos de los mensajes recibidos en distintos momentos del día por el menor *J* y remitidos por *W* alteraron el sosiego y la tranquilidad en el desarrollo normal y ordenado de la vida de *J*, anunciándole que se le iban a causar unos males concretos, ciertos y determinados e infundiéndole miedo y temor».
- El acusado «se aprovechó expresamente de tal situación, sabiendo y conociendo de la inmadurez y de la vulnerabilidad que mostraba el menor».

Oponerse a estos hechos, ¿permitió al acusado abordar los puntos 1, 2, 3 y 4 relacionados *ut supra*? Pues bien, si los mensajes «tenían por objeto amedrantar al menor» hasta el punto de obligarlo «a hacer lo que no quería», es evidente que estos constituían influjos que tenían por objeto la autolisis. Esta influencia, al parecer de las acusaciones, presentaba un nivel de intensidad que habilitaba a encuadrarla (aunque no se explicita) en el marco jurídico de la instrumentalización (autoría mediata) y no en el de la motivación (inducción). Y fue precisamente frente a esta valoración que la defensa del acusado esgrimió que la conducta del menor debía reputarse como un «actuar libre». Ello permitió a este actor procesal contextualizar la conexión entre el acto autolítico de *J* y las amenazas de *W* en una estructura motivacional *qua* irrupción en el proceso deliberativo de un agente autónomo en contraposición al marco de la instrumentalización *qua* usurpación de la libertad de una persona. Y alcanzada esta conclusión, el esfuerzo de la defensa se centró principalmente en afirmar que «existirían otras motivaciones que operarían, al menos, como concausas del suicidio (*estaba raro, escuchaba voces en su cabeza, fumaba porros, le costaba expresar sus problemas, estaba triste, supuestas dudas por droga...*)» añadiendo a su vez que «el menor era un chico introvertido. – Que semanas antes de la muerte del menor tenía algún problema y se le veía nervioso y había hablado de suicidio a sus amigos». Pese a no explicitarse, en términos valorativos, todo lo anterior supone negar una relación de «causalidad psíquica», bien sea por cuestiones probatorias, bien sea por la condición de *omnimodo facturatus* del menor.

Sobre la base de lo dicho, creo que la defensa sí tuvo la oportunidad de efectuar un debate contradictorio en atención a los hechos y valoraciones que, en su caso, hubieran podido sustentar una condena por un delito de inducción al suicidio. En todo caso, frente a esta forma de entender el principio acusatorio (muy amplia y ceñida a lo «efectivamente discutido» en el caso concreto), puede oponerse legítimamente que a lo único a lo que está obligado a defenderse el acusado es a la valoración específica de los hechos que plantea la acusación: si bien pudo existir la posibilidad de abordar aspectos sustantivos vinculados a otro delito, un debate contradictorio efectivo requeriría un conocimiento seguro relativo a que este delito pueda integrar el horizonte de posibilidades del juez formalmente establecido en el escrito de acusación a través del señalamiento de una serie de hechos que tienen un inequívoco significado jurídico-penal¹⁶. Solo entonces, el acusado se «vería obligado» (entiéndase: para evitar una resolución perjudicial para sus intereses) a ofrecer argumentos específicos contra una eventual condena en ese sentido. De otra forma: o el tema está «sobre la mesa» de forma inequívoca, de tal manera que hablar de este constituye una necesidad estratégica; o bien el tema puede «traerse a colación» por parte de la defensa si esta lo considera oportuno. El principio acusatorio solo se respetaría en el primer caso.

¹⁶ Una inequívocidad que solo se daría en caso de existir una jurisprudencia asentada sobre la homogeneidad entre las dos figuras delictivas en liza. Estas ideas críticas las efectúa Leopoldo Puente Rodríguez.

De aceptarse esta visión más restrictiva, tal y como hace el Tribunal Supremo, tres eran obviamente los caminos que este podía recorrer en su sentencia: (1) mantener la condena por un delito de homicidio doloso, (2) transitarla hacia un delito de homicidio imprudente o (3) absolver al recurrente. Así pues, podría decirse que el Tribunal se encontraba “entre la espada y la pared”: o bien mantener una calificación jurídica desproporcionada, o bien optar por una decisión contraria a ciertas intuiciones de justicia material¹⁷. ¿Solución? Ni tanto ni tan poco: un homicidio imprudente en concurso con un delito de amenazas (pena de tres años y seis meses de prisión) permite sortear tanto la desmesura punitiva de la primera sentencia (pena de diez años de prisión) como la ausencia de reacción penal alguna. Así pues, tal y como ocurre en Alemania, la inexistencia de una tipificación de la (en este supuesto, acusación por) inducción al suicidio obliga al Tribunal Supremo a optar por la única solución posible para imputar la muerte al acusado: un homicidio en autoría mediata¹⁸. El posible «desvalor intermedio» que hubiera podido cristalizar una condena por el art. 143.1 CP (entre la atipicidad y la «tipicidad máxima») se canaliza en el presente caso imputando dicha muerte a título de imprudencia (un punto medio entre lo fortuito y lo doloso).

Es innegable que la respuesta que ofrece la sentencia constituye una solución equilibrada y razonable habida cuenta de los condicionantes procesales a los que se enfrentaba. No obstante, la comodidad práctica de cualquier comentario de jurisprudencia me permite defender que la estructura más adecuada para canalizar el desvalor del caso era la inducción al suicidio. De asumir lo anterior como una conclusión dogmática ineludible, el camino que tendría que haber recorrido el Tribunal Supremo, de forma coherente con su comprensión sobre el principio acusatorio, era el último de los posibles: absolver. Volveré a la viabilidad práctica de este desenlace alternativo más adelante en las conclusiones. Sirvan por ahora las siguientes páginas para justificar la condena del recurrente por un delito del art. 143.1 CP. Las estructuro de la siguiente manera: teniendo en cuenta que ambas resoluciones traen a colación una sentencia del Tribunal Supremo que aborda un caso de puesta en peligro de la víctima, abordo en primer lugar este aspecto como posibilidad valorativa distinta a la consideración de un suicidio (apdo. 4.2). Rechazada dicha posibilidad, abordo cómo debe calificarse la autolisis de la víctima, o bien como una muerte voluntaria, o bien como una muerte no voluntaria y/o no consentida (apdo. 4.3). Considerando que, en el presente caso, la víctima se suicidó (realizó, se si quiere, un «acto libre»), finalizo planteando en qué medida habría sido viable desaprobar el comportamiento del acusado desde la perspectiva de un delito de inducción al suicidio ex art. 143.1 CP (apdo. 4.4).

4.2. ¿(Auto)puesta en peligro de la víctima o suicidio?

En el presente caso, la muerte de la víctima es susceptible de encuadrarse en una explicación retrospectiva que puede incluir como condición necesaria y desencadenante el comportamiento incitador del recurrente¹⁹. Ello es indudable: si *W* no lo hubiera amenazado, *J* no hubiera tenido motivos para lanzarse por la ventana de su habitación. Tal y como afirma la sentencia: el acto autolítico, «sin solución de continuidad con la conversación interrumpida en ese momento,

¹⁷ Como se indica en la sentencia, los hechos «[r]evisten la suficiente gravedad no solo por lo trágico de la muerte, sino también por la insensibilidad mostrada por el acusado, como para dimensionar la pena en un tramo alto; la mitad superior sin llegar al máximo: tres años y seis meses de prisión» (FJ Primero de la Segunda Sentencia).

¹⁸ Sobre esta opción, véase por todos 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.

¹⁹ Sobre este proceso explicativo, GONZÁLEZ LILLO, *Autoría y participación como criterios de imputación penal. Una aproximación a su objeto, fundamento y estructura*, 2023, p. 195.

[evoca] un nexo causal innegable y prioritario, más allá de tendencias en la personalidad o situaciones coyunturales que puedan haber influido en esa trágica acción» (FJ Segundo).

Así estructurado, el caso puede relacionarse con aquel cosmos de supuestos en los que «la víctima, tras haber otros llevado a cabo determinadas conductas, o en paralelo a éstas, realiza ella misma otras acciones, como consecuencia de las cuales se producen (o amenazan producirse) perjuicios en sus bienes jurídicos»²⁰. De aquellas «determinadas conductas», interesan aquí los comportamientos motivadores: influjos que pretenden inmiscuirse en el proceso deliberativo de la víctima para que esta realice una conducta peligrosa para con la integridad de su esfera de libertad. De forma simple: un sujeto (agente-motivador) influencia directa o indirectamente a otro (agente-actuante) a llevar a cabo un ejercicio del *agere licere* del que se desprenden consecuencias lesivas para con sus intereses personalísimos. Teniendo en consideración que el bien jurídico lesionado es la vida de la víctima, dos son los *topoi* en los que *a priori* puede proyectarse la estructura acabada de exponer: (a) los casos de (auto)puesta en peligro de la víctima y (b) la inducción al suicidio ex art. 143.1 CP²¹. De la elección de una de estas dos opciones dependerá el sujeto a quien imputar la responsabilidad por el resultado de muerte: en (a), de forma exclusiva al agente-actuante; en (b), de forma exclusiva al agente-motivador. Paso a explicarlo a continuación.

Reparo en (a): es pacífico considerar que la conducta que favorece «la autopuesta en peligro de un tercero autorresponsable no puede calificarse como penalmente desaprobada»²², pese a presentar un riesgo cuantitativo al efecto. De esta forma, en la medida en que la víctima «ostenta una prerrogativa –de rango constitucional– para la configuración de su esfera de bienes»²³, a ella le es imputable el resultado lesivo en tanto que alcanzado a través de un ejercicio de su autonomía personal. Consiguientemente, para que la conducta de la víctima pueda “absorber” la desaprobación que merece la lesión de un bien jurídico personalísimo, es necesario que esta «esté en disposición de decidir de manera razonable». Ello constituye una «garantía normativa suficiente para que ciertas acciones, pese a la ínsita apertura a la posibilidad de abuso por parte de otros sujetos, no sean calificadas como creaciones de riesgo desaprobadas»²⁴. Puede hablarse, entonces, de una prohibición de regreso: siendo imputable la lesión a la víctima, no hay razones para retrotraerse en la cadena causal con tal de identificar a otro responsable por lo sucedido (en este caso, la persona que ha realizado el comportamiento cuantitativamente peligroso). ¿Requisito indispensable al efecto? Que la víctima tenga un conocimiento sobre la dimensión de peligrosidad de la conducta y que tenga la voluntad de llevarla a cabo²⁵. Solo entonces, el resultado lesivo puede reconducirse al propio ejercicio de autonomía de la víctima sin necesidad de imputárselo a un tercero, aunque su comportamiento presente una dimensión cuantitativamente medible de peligrosidad con respecto al acaecimiento de ese mismo resultado típico.

Reparo en (b): suicidarse no es un acto penalmente desaprobado por el que pueda o deba responder el agente-actuante. Hay numerosas razones (operativas, morales y políticas) para que

²⁰ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, p. 165.

²¹ De aceptarse esta opción, la misma deberá contrastarse con el homicidio en autoría mediata. Véase *infra* apdo. 4.3.

²² SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal. Parte General*, 2025, 14/137.

²³ SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal*, 2025, 14/137.

²⁴ FRISCH, *La imputación objetiva del resultado*, 2015, pp. 74 s.

²⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal*, 2025, 14/137.

esto sea así²⁶. Y todas ellas son compatibles con afirmar que el suicidio de una persona es un hecho que el ordenamiento jurídico «censura» en el sentido de «desenlace no deseado»²⁷. Ciertamente, solo en casos de eutanasia, la libre disponibilidad de la vida adquiere el estatus deontológico de derecho prestacional²⁸, con la consiguiente impunidad de las conductas cooperativas de terceras personas²⁹. Fuera del marco consagrado por la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, disponer de la propia vida solo puede contemplarse deónticamente a modo de derecho «como simple libertad»³⁰. Ello permite dirigir prohibiciones penales a aquellas personas que ocupan una posición idónea para recibir la interpelación de la norma de conducta: los sujetos que pueden contribuir material (arts. 142.2 y 3 CP) o motivacionalmente (art. 143.1 CP) al suicidio de otro. A ello obliga el mandato constitucional de protección de la vida (art. 15 CE), frente al que (salvo en casos de eutanasia) no puede oponerse una autonomía personal ilimitada basada en la dignidad humana (art. 10 CE)³¹. Para el caso de la contribución motivacional, el requisito esencial para aplicar el art. 143 CP es que la autolisis a la que se haya inducido pueda reputarse genuinamente como suicidio; en caso contrario, solo cabe la opción del homicidio en autoría mediata.

Clarificadas estas dos posibilidades, la pregunta es obvia: ¿*V* se suicidó o realizó una (auto)puesta en peligro? De la respuesta a esta pregunta dependerá el sujeto al que imputar el resultado de muerte. Sobre esta disyuntiva, conviene recuperar la STS 928/2013, Penal, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:5807), citada tanto por la Audiencia Provincial como por el Tribunal Supremo. Expongo a continuación el caso abordado por esta resolución en contraste con el supuesto objeto de este comentario:

Caso de la STS 928/2013, Penal, de 5 de diciembre: B, residente en una vivienda, decide descolgarse a través del balcón del piso, perdiendo el equilibrio en su intento y cayendo al vacío, lo que le causa severas lesiones. *B* ha decidido realizar este curso de acción al intentar huir, asustada, de la vivienda, pues dos sujetos han entrado en ella y han empezado a disparar.

Caso de la STS 1077/2025, Penal, de 16 de enero de 2026: J decide saltar al vacío por la ventana de su habitación, lo que le causa la muerte. *J* ha decidido realizar este curso de acción como consecuencia de las amenazas vertidas por *W* y tras anunciar reiteradas veces que «se iba a suicidar».

Una rápida lectura comparada de estos dos casos permite extraer importantes diferencias tanto a nivel objetivo como subjetivo. En cuanto al objetivo: en el primer caso, tratar de huir descolgándose por un balcón, pese a ser una conducta arriesgada para con la vida de su actuante, no es mortal de necesidad; en cambio, en el segundo caso, lanzarse directamente desde una altura considerable constituye un comportamiento *ex ante* determinante para provocar la muerte

²⁶ Sobre esto, véase MARTÍNEZ SANROMÀ, «La inducción al suicidio: en defensa de una interpretación realista del art. 143.1 CP», *InDret*, (3), 2025, pp. 338 ss.

²⁷ 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; ROLDÁN BARBERO, «Prevención del suicidio y sanción interna», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (40-3), 1987, pp. 627 s.

²⁸ STC (Pleno) 19/2023, de 22 de marzo (BOE núm. 98, de 25 de abril de 2023).

²⁹ De allí la existencia del art. 143.5 CP. Sobre este precepto, por todos, PEÑARANDA RAMOS, en TOMÁS-VALIENTE LANUZA (ed.), *La eutanasia a debate*, 2021, pp. 235 ss.

³⁰ Sobre esto, véase la STC 120/1990, de 27 de junio (BOE núm. 181, de 30 de julio).

³¹ MORESO, «Dignidad humana: eutanasia y auxilio ejecutivo al suicidio», en TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, 2021, pp. 84 ss.

de su actuante. En cuanto al subjetivo: en el primer caso, la víctima tiene la intención de huir del lugar; en cambio, en el segundo, lo que quiere la víctima (y así lo explicita) es «suicidarse». De ambas perspectivas (objetiva y subjetiva), interesa principalmente la objetiva: hay conductas más adecuadas para causar la muerte que otras, y ello con independencia de las intenciones del agente que las lleva a cabo. Pareciera, entonces, que lo que determina en última instancia que alguien «se esté suicidando» no es solo su representación subjetiva, sino principalmente el grado de probabilidad de la conducta realizada para alcanzar un resultado de muerte. No es lo mismo (digámoslo así) que un sujeto que quiere suicidarse se lance de un décimo piso que decida saltar de un entresuelo: sorprendería que, en el primer caso, el agente sobreviviera de la misma manera que sorprendería que se muriera en el segundo. Recuperando aquí un término utilizado por el Tribunal Supremo en la sentencia en comento, un «suicidio genuino» presupone, en mi opinión, que su actuante acepte subjetivamente el emprendimiento de una acción *ex ante* determinante para la lesión de su vida³². Si no hay aceptación, la muerte es involuntaria³³; si la acción no es determinante en cuanto a su mortalidad³⁴, la muerte es consecuencia de una puesta en peligro de la víctima (consciente o no y con independencia de sus intenciones reales).

Trasladado al presente caso: saltar desde una altura considerable constituye una conducta objetivamente determinante para lesionar la vida del actuante. En otras palabras, *J* se suicidó, no se puso en peligro. Y si este se suicidó (mejor: realizó un comportamiento autolítico), el supuesto de hecho no puede valorarse como perteneciente al *topos* de la (auto)puesta en peligro de la víctima y su capacidad para interrumpir el nexo de imputación o absorber la desaprobación de una conducta cuantitativamente capacitada para lesionar un bien jurídico. Por el contrario, el caso solo puede analizarse como perteneciente al *topos* de las autolisis causalmente relacionadas con el comportamiento estimulante de una tercera persona. A esta estructura básica es a la que se refieren, no solo la inducción al suicidio ex art. 143.1 CP, sino también el homicidio en autoría mediata. Abordo esta disyuntiva en el siguiente apartado.

4.3. ¿Suicidio o muerte involuntaria?

Con base en lo relatado hasta aquí, puede extraerse una primera conclusión: *J* cometió autolisis en tanto que llevó a cabo una conducta objetivamente determinante para con la lesión de su vida. Sin embargo, esta afirmación no implica que el análisis del caso deba canalizarse necesariamente a través del art. 143.1 CP: falta escudriñar la dimensión subjetiva de este acto objetivamente autolítico. Las opciones, de forma muy simplificada, son dos: o bien *J* era consciente y quería cometer autolisis; o bien *J* no era consciente y/o no quería realizar tal acto. Solo de validarse la primera opción, será legítimo hablar de suicidio en tanto que «muerte consciente y voluntaria». Y solo en este caso podrá plantearse la aplicación del art. 143.1 CP. De seguirse la segunda opción («muerte inconsciente y/o no voluntaria»), el caso solo podrá valorarse desde la óptica del delito de homicidio (o asesinato) en comunión con la estructura de la autoría mediata. De forma breve: o bien *J* era un «agente libre» que pudo verse motivado por *W* a suicidarse (art. 143.1 CP), o bien *J* era un simple «instrumento ciego» a manos de la conducta (imprudente, según la sentencia) de *W*³⁵. El camino a recorrer dependerá de los requisitos que deba reunir un comportamiento autolítico para considerarse «suicidio genuino» desde la perspectiva del Derecho penal.

³² CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 3.ª ed., 2022, pp. 44 s.

³³ Retomo este punto *infra* apdo. 4.3.

³⁴ En palabras de CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 3.ª ed., 2022, p. 45: «[a]quellos actos en los que solo pueda percibirse *ex ante* un riesgo».

³⁵ No repararé en el problema relativa a la posibilidad de plantear un homicidio en autoría mediata imprudente.

Al respecto de esta consideración, la opinión del Tribunal Supremo es clara: en la posición de *J*, saltar al vacío constituyó la única manera viable de escapar de un contexto opresivo. En tanto que acción evasiva con respecto a una situación de sufrimiento terrible que la víctima se vio incapaz de afrontar, la autolisis de *J* no puede calificarse como «suicidio al uso». Frente a esta consideración, sin embargo, cabe esgrimir una primera crítica de la mano de una comprensión realista del fenómeno: todo suicidio (o su mayoría) puede definirse como una forma de escapar de una situación de sufrimiento que se presenta inabordable para la víctima³⁶. Si esto es así, un suicidio debe contemplarse, precisamente, como una acción evasiva cuyo principal detonante lo constituye el dolor (físico o psíquico)³⁷. No es de extrañar, entonces, que la mayoría de suicidios puedan explicarse retrospectivamente refiriéndose a factores tales como el aislamiento social, el acoso laboral o escolar, la violencia de género o el desempleo³⁸. Ciertamente, nuestra aversión al dolor y la capacidad que tenemos de comprender la muerte como un compuesto de «abstracciones como pertenencia, finalidad y universalidad»³⁹, permite que podamos llegar a visualizar la autolisis como una forma efectiva de cesar con el sufrimiento que nos invade⁴⁰.

Si toda acción objetivamente determinante para lesionar la vida de su actuante no puede considerarse «suicidio genuino» de haberse realizado subjetivamente como una forma de evadirse de un «escenario vital insoportable», el margen para identificar un suicidio a efectos del art. 143 CP se reduce drásticamente. En otras palabras: pareciera que el Tribunal Supremo, para hablar de «muerte consciente y voluntaria», exige una normalidad motivacional tal que encaja muy mal con las dinámicas suicidas. Ello presupone operar con un concepto restrictivo de suicidio incapacitado para abarcar la complejidad emocional del fenómeno⁴¹.

Con base en la anterior premisa, considero que la valoración del Tribunal Supremo (allende los condicionantes procesales del caso) se asienta sobre una concepción muy binaria de la autonomía personal: o esta concurre y el hecho puede calificarse como obra del agente, o esta es inexistente y el hecho debe entenderse como un mero accidente de la naturaleza⁴². No obstante, entre estos dos extremos (muy caricaturizados), la autonomía admite grados. En palabras de COCA VILA: «en un mundo no ideal las decisiones no son plenamente autónomas o plenamente heterónomas, sino siempre más o menos autónomas»⁴³. En relación con el suicidio: desde un ejercicio de la «magnífica autonomía del sujeto racional»⁴⁴ hasta una autolisis subjetivamente ciega (imagínese un error invencible sobre la naturaleza autolítica del curso de acción a

³⁶ 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.

³⁷ 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.

³⁸ Son los denominados «factores de riesgo comunitario y relacional». Sobre ello, véase 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.

³⁹ SOPER, «Adaptation to the Suicidal Niche», *Evolutionary Psychological Science*, (5), 2019, p. 457.

⁴⁰ GUNN, «Extended suicide», *Criminal Behaviour and Mental Health*, (27), 2017, p. 287.

⁴¹ De esta opinión, JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, 1994, p. 165.

⁴² Por todos, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, 1996, p. 60.

⁴³ COCA VILA, «Agresión sexual por engaño: Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual», *InDret*, (3), 2023, p. 450.

⁴⁴ De forma crítica, SILVA SÁNCHEZ, «Suicidio alemán y “duelo americano”», *InDret*, (3), 2018, (editorial), p. 1. Sobre la posibilidad de identificar “suicidios racionales”, 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.

emprender) se ubica un *continuum* gradual de libertad. Y en este flujo dinámico se pueden identificar múltiples formas de incidir en el proceso deliberativo del agente-actuante a modo de «mecanismos para hacer que alguien haga algo» [*Jemand-dazu-bringen-etwas-zu-tun-Mechanismus*]⁴⁵. Atendiendo a que el Código penal español, en cuanto a la protección de la vida humana frente a las decisiones peligrosas de su titular, dibuja asimismo un espectro gradual que va desde la atipicidad (ausencia de imputación objetiva entre la conducta motivacional y el resultado de muerte) a la «tipicidad (digamos) máxima» (homicidio en autoría mediata), pasando por un punto intermedio (inducción al suicidio); toda forma de calificar jurídico-penalmente la influencia de una persona sobre la decisión autolítica de otra debe asumir también esta progresión *in crescendo* en cuanto al nivel de desaprobación.

En este marco teórico, el homicidio en autoría mediata debe reservarse, en mi opinión, para aquellos casos en los que sea evidente que el agente-actuante no es más que un instrumento ciego a manos del agente-motivador (o -instrumentalizador). Pues, para “usurpar la libertad” de la persona de delante, no basta con acreditar ciertas notas, o bien de inimputabilidad, o bien de un contexto mínimamente coactivo. Por el contrario, para hablar de instrumentalización, es necesario que sean estos mismos condicionantes (la creación o aprovechamiento de un error, la irresponsabilidad de la persona de delante o la existencia de un contexto coactivo)⁴⁶ los que permitan explicar en exclusiva la muerte de la víctima. Con esto aclarado, para el caso en comento, existen dos elementos que podrían justificar que la dinámica comunicativa entre el condenado y la víctima se acercara a la estructura de la instrumentalización. Sin embargo, ambos son derrotables, pues no permiten explicar en exclusiva la autolisis de *J*.

El primero de ellos es la minoría de edad de la víctima. Su derrotabilidad es asumida por la propia sentencia: que la persona que realiza la autolisis sea menor de edad y, por tanto, no disponga de capacidad legal, no implica que no pueda hablarse de suicidio (véase el FJ Cuarto). Dos argumentos apoyan esta conclusión. Primero: la línea de separación entre la minoría y la mayoría de edad no debe contemplarse como una frontera entre la inimputabilidad y la imputabilidad. Por el contrario, los 18 años (art. 19 CP) o los 14 a efectos de la responsabilidad «penal» de los menores (art. 1.1 LORPM) constituyen solo dos lindes consecuencias de sendas decisiones político-criminales que pretenden aportar seguridad jurídica. Segundo: el propio Código penal permite hablar de suicidio en casos de actos autolíticos emprendidos por menores de edad. Este es el sentido que debe darse al art. 143 *bis* CP⁴⁷.

El segundo condicionante, más difícilmente derrotable (aunque derrotable en todo caso), lo constituye el contexto coactivo, imputable al condenado, que motivó la autolisis de la víctima. Utilizo el verbo «motivar» por una razón básica: la coacción y la amenaza no son solo medios de instrumentalización, sino también de motivación⁴⁸. Así pues, lo que permite traspasar la (difusa) línea de separación entre ambas formas de incidir en el proceso deliberativo de un sujeto es el nivel de intensidad que esa misma coacción o amenaza supone⁴⁹. Al respecto de este punto, resulta arduamente complicado configurar una especie de «acto coactivo modelo» que implique

⁴⁵ KORIATH, *Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität*, 1988, p. 210; VON WRIGHT, *Explicación y comprensión*, 1979, pp. 173 ss.

⁴⁶ BOLEA BARDON, *Autoría mediata en derecho penal*, 2000, pp. 175 ss., 253 ss. y 311 ss.

⁴⁷ Sobre este precepto, CLARIMÓN ESCUDER, «Los delitos de distribución de contenidos en las TIC dirigidos a promover el suicidio o las autolesiones de los menores de edad y personas con discapacidad. Un examen desde los principios limitadores del *ius puniendi*», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (47), 2023, pp. 58 ss.

⁴⁸ Igualmente, BOLEA BARDON, *Autoría mediata en derecho penal*, 2000, p. 255.

⁴⁹ BOLEA BARDON, *Autoría mediata en derecho penal*, 2000, pp. 253 ss.

necesariamente una respuesta estándar por parte de una hipotética persona baremo. Como indica GÓMEZ RIVERO para el caso de la inducción al delito, «todo supuesto debe ser objeto de una valoración individualizada de la incidencia que en particular la amenaza haya tenido en el destinatario, y el consiguiente grado de limitación de libertad en su decisión que haya representado»⁵⁰. Con este condicionante claro, los criterios de “superabilidad” esbozados con respecto a la eximente de miedo insuperable ex art. 20.6.º CP pueden constituir elementos argumentativos idóneos a los efectos de esta proyección casuística. Condensando y adaptando las ideas aportadas por VARONA GÓMEZ, la máxima de referencia puede esbozarse como sigue:

Un acto coactivo/amenazante permitirá explicar en exclusiva la lesión del bien jurídico vida (= instrumentalización) cuando el agente-actuante no disponga de otra alternativa razonable para superar un mal que, dada su inmediatez, le conmina a optar de forma necesaria por un curso de acción lesivo para con sus intereses⁵¹.

Proyectado al caso: es innegable que las amenazas proferidas por *W* crearon un contexto emocionalmente opresivo en *J*. Sin embargo, en dicha coyuntura, la autolisis no constituía la única vía posible para escapar de esta situación de sufrimiento: ni el mal anunciado por *W* era inminente, ni suicidarse resultaba una alternativa razonable y necesaria por sortearlo. De esta forma, pese a la presión psicológica soportada y su (más que evidente) vulnerabilidad, un caso de estas características debe contrastarse con aquel en el que autolisis supone la única salida posible para superar un mal inminente (p.ej., «salta por la ventana o disparo a tu hijo»). Frente a la eventual objeción que pudiera esgrimirse contra esta conclusión, relativa a su carácter extremadamente restrictivo en lo que a la identificación de un supuesto de instrumentalización se refiere, cabe apuntar lo siguiente: desde una aproximación realista al fenómeno suicida y atendiendo a la progresión gradual que efectúa el Código penal en cuanto a los distintos escalafones de protección de la vida humana independiente, el art. 143.1 CP (el «punto medio») está capacitado para reducir el ámbito del homicidio en autoría mediata para que este se reserve a casos de ausencia plena de voluntariedad o consciencia. Esto no es lo que ocurre, en mi opinión, en el supuesto de hecho abordado por la sentencia en comentario.

4.4. Una calificación alternativa: la inducción al suicidio

Segunda conclusión: *J* se suicidó. De ello se deriva la necesidad de analizar el caso desde la óptica del art. 143.1 CP. La pregunta es, entonces, evidente: ¿las amenazas y coacciones de *W* indujeron de forma penalmente relevante a *J* a suicidarse? A esta pregunta se le debe dar una respuesta teniendo claro lo siguiente: que un comportamiento pueda integrarse en la explicación del proceso deliberativo de un agente responsable a modo de estímulo (incluso cuantitativamente determinante), no es razón suficiente para desaprobarlo jurídico-penalmente. Falta, al efecto, identificar aquellos elementos que permitan señalar esta misma condición como acreedora de una pena en tanto que reacción jurídica merecida y necesaria. A dichos efectos, partiendo de la concepción mayoritaria sobre el término «inducción» del art. 143.1 CP, análoga a la dogmática desarrollada a cuenta del art. 28.a) CP, crear un contexto estimulante propicio para que alguien decida suicidarse no constituye una inducción al suicidio⁵². Esto último, por una razón fundamental: la inducción *qua* determinación, para merecer pena, debe ser «directa» en forma

⁵⁰ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 246.

⁵¹ VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, 2000, pp. 185 ss., 234 ss.

⁵² El caso paradigmático es el que se planteó en la SJM Donostia-San Sebastián 86/2005, de 12 de mayo (ECLI:ES:JMESS:2005:2).

de «invitación inequívoca y abierta a la comisión del suicidio por parte de la víctima»⁵³. Pareciera, permítase la caricatura, que la doctrina y la jurisprudencia exigen que el eventual inductor tenga que abrir la ventana del edificio y pedirle explícitamente a la víctima que se lance al vacío. En tanto que ello no es lo que sucede en el presente caso, *W* no podría ser condenado en atención a lo dispuesto en el art. 143.1 CP.

Frente a esta conclusión, cabe esgrimir una objeción básica: las conductas objeto de las «inducciones» establecidas por los arts. 143.1 y 28.a) CP, respectivamente, son radicalmente distintas. El nivel de intensidad exigido para validar la inducción del art. 28.a) CP, además de fundamentarse en la utilización del adverbio «directamente» (ausente en la regulación del art. 143.1 CP), es consecuencia de la necesidad de superar las implicaciones del hecho de que la persona de delante sea un sujeto responsable por la comisión de una conducta antijurídica plenamente imputable: la prohibición de regreso y el principio de autorresponsabilidad⁵⁴. De allí la exigencia de un mecanismo motivacional que supere «con mucho el nivel de estímulo de la vida cotidiana»⁵⁵. Solo entonces puede identificarse una razón de peso para corresponsabilizar por un hecho a una persona físicamente ajena a su ejecución. Pero, nada de esto ocurre cuando el objeto de la inducción es el suicidio: ni la autolisis voluntaria es un delito, ni el sujeto que la realiza se encontrará habitualmente en un contexto de normalidad motivacional a cuya constatación sirvan los rígidos criterios elaborados para configurar una menor (o ausencia de) responsabilidad genuinamente penal. De estas ideas puede desprenderse la siguiente máxima:

Si bien ante contextos de normalidad motivacional configurados a efectos de la demanda de responsabilidad penal es coherente trabajar con criterios que exijan un alto nivel de intensidad para desaprobador una conducta estimulante; ante contextos de anormalidad, caracterizados por la conjunción de una situación de sufrimiento con la vulnerabilidad de la víctima, es razonable reducir este nivel de exigencia y fijarse en conductas excluidas *a priori* del art. 28.a) CP⁵⁶.

Trasladado al caso: contribuir a la construcción de una situación emocionalmente inabordable que puede desencadenar una reacción autolítica constituye un medio idóneo para inducir al suicidio en la medida en que incrementa el dolor psíquico como estimulador principal⁵⁷. De entenderse que ello constituiría una restricción insoportable de la libertad, cabe señalar que la conducta desplegada por *W* es *per se* antijurídica en tanto que constitutiva de un delito de amenazas. Esta caracterización típica puede entenderse como una especie de anticipación punible a la configuración de contextos emocionalmente propicios para desencadenar conductas autolíticas. En la medida en que, en el presente caso, dicha amenaza fue la que creó la situación de sufrimiento que llevó a *J* a suicidarse, puede afirmarse que dicha muerte es imputable al comportamiento desplegado por *W* desde la óptica del art. 143.1 CP. Teniendo en consideración que este precepto solo admite el castigo de la modalidad dolosa (art. 12 CP), no es necesario recorrer el camino que emprende el Tribunal Supremo para justificar una imputación subjetiva a título de imprudencia (y, con ello, transitar hacia un marco penológico más benigno). Si se acreditó en su momento que *J* «era plenamente sabedor de la angustia y del desasosiego que estaba produciendo en el menor», ello basta para validar una condena por el art. 143.1 CP. Esto

⁵³ OLMEDO CARDENETE, en AA. VV., *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, 2001, p. 133.

⁵⁴ Véase 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.

⁵⁵ HILGENDORF, «Was meint „zur Tat bestimmen“ in § 26 StGB», *Juristische Ausbildung*, (1), 1996, p. 10.

⁵⁶ En este sentido, TOMAS-VALIENTE LANUZA, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143)*, 2000, p. 22.

⁵⁷ Sobre esto, MARTÍNEZ SANROMÀ, *InDret*, (3), 2025, pp. 355 ss.

permite, de nuevo, transitar hacia un marco penológico más benigno que el del homicidio doloso, a la par que más gravoso que el homicidio imprudente: pena de prisión de cuatro a ocho años.

5. Conclusiones

En mi opinión, la calificación más adecuada para desaprobado jurídico-penalmente la conducta de *W* era la de inducción al suicidio. De asumirse esta conclusión, el Tribunal Supremo debería haber absuelto al recurrente, por bien que admite en la propia sentencia que el principio acusatorio impediría una condena por el art. 143.1 CP, al no constar en el *petitum* de la acusación. Más allá de la posibilidad de esgrimir objeciones a esta idea nuclear de carácter procesal, una conclusión de estas características hubiera sido inviable habida cuenta del desvalor material que presentaba el caso, admitido textualmente por el propio Tribunal Supremo. A fin de evitar este desenlace, la sentencia reconduce el caso a una estructura resolutoria que, pese a no ser (a mi humilde parecer) la más conveniente desde un punto de vista dogmático, permite superar la absolució a la par que alejarse de la magnitud de la pena impuesta por el tribunal *a quo*: un homicidio imprudente en autoría mediata.

En caso de que alguien quisiera contemplar en esta conclusión (del todo razonable) algún atisbo de impureza teórica, cabe decir lo siguiente: no hay dogmática capacitada para sistematizar la complejidad de la realidad. Ningún criterio teórico es definitivo hasta su contraste con las particularidades (la biografía) del caso enjuiciado. Y este “bajar a la tierra” o “entrar en el barro” evidencia dos cosas. Primera: toda construcción dogmática se enfrentará siempre a nuevas realidades que no habrá podido prever en su experimentación teórica, incluso con base en los más absurdos “casos de laboratorio”. Segunda: cualquier reflexión académica escapa de las emociones que puede provocar en el juzgador la crudeza de lo real. Pretender que el intérprete las supere mediante instrumentos dogmáticos asépticos y emocionalmente esterilizados que tengan como combustible una determinada narrativa de la legitimación (sea cual sea) es aspirar a que aquellos actúen como inteligencias artificiales, no humanas. Todo ello habla poco (y mal) del carácter pretendidamente científico que algunos ansían ver en la dogmática. Y aunque se me pueda objetar que parto de un concepto de ciencia totalmente naíf, cierto es que hay una cosa que tengo bastante clara: los científicos llevan batas y curan el cáncer; los dogmáticos, corbatas. Bien harían muchos en asumir esta realidad y quitarle parte del (exagerado) valor que atribuyen a su trabajo. Quizás desde la humildad y la honestidad podamos “influir” más en la práctica de lo que realmente hemos conseguido hasta ahora.

La paradoja de la imposición de medidas de seguridad y la volubilidad de la enfermedad mental.

Comentario a la STS 1046/2025, de 17 de diciembre

Rocío Arregui Montoya*
Universidad de Murcia
rocioarregui@um.es

-

1. Introducción

El objeto de este trabajo es el análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo 1046/2025¹ de 17 de diciembre que resuelve el recurso interpuesto frente a la sentencia 130/2023, de 25 de mayo, dictada por la sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y que, a su vez, traerá causa del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia 129/2023 de 6 de marzo dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3ª, en el procedimiento ordinario 2/2022. Las fechas de las sentencias y tiempos de tramitación de cada uno de los recursos serán relevantes para la sentencia hoy analizada y para el voto particular que obra en la misma, como se verá más adelante.

En la Sentencia hoy analizada se parte de unos hechos presuntamente acaecidos en 2019, si atendemos al número de procedimiento ordinario (174/2019) pero que, según la primera sentencia, ocurrieron el 14 de abril de 2020, evidenciando un error material en las fechas que permitiría desechar la primera y considerar que los hechos objeto de enjuiciamiento tuvieron lugar el 14 de abril de 2020 –no olvidemos, en un contexto de pandemia y confinamiento severo que pudo haber influido en los hechos que hoy se narran–. Se consideró probado que el acusado entró de madrugada en la habitación de sus padres, de avanzada edad y con los que residía, y profirió expresiones sin sentido, causándoles temor y motivando que la madre pidiese ayuda a los vecinos. El acusado cogió un cuchillo en cada mano y, con ellos en alto, se dirigió hacia su padre, protegiéndose éste con el andador que portaba, hasta que recibió un empujón de su hijo que le hizo caer al suelo sin causarle lesión. Asimismo, acudió a la vivienda una patrulla de la Policía Nacional y accedieron dos policías uniformados, causando su presencia, según los hechos probados, mayor alteración en el acusado y un incremento de su agresividad. En los siguientes minutos, el acusado (en la sentencia, Narciso, pero erróneamente también se le llama Teodosio,

* Abogada en ejercicio, profesora asociada (acreditada Profesora Contratada Doctora) de derecho penal, Universidad de Murcia. <https://orcid.org/0000-0003-1664-038X> Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “La incidencia de la esquizofrenia en la comisión de delitos y su proyección en la imputabilidad” (22125/PI/22), incluido en el Programa Regional de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de la Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia.

¹ STS 1046/2025, Penal, de 15 de septiembre (ECLI:ES:TS:2025:6060).

que es el nombre que se da a su padre) trató de clavar los cuchillos a los policías, dirigiéndolos al cuello de estos y manifestando «os voy a matar a todos, de aquí no salís», lanzándoles objetos como sillas y una bombona de butano, reiterando «soc satanás, os mato hijos de puta, voy a matar a mi padre y luego a vosotros» y continuando con los ataques, de modo que uno de los policías tiene que detonar su pistola para que deponga su actitud, sin éxito, y debe disparar al procesado a la pierna primero y «varios disparos más en su cuerpo» para que cayese al suelo, tal era el nivel de agresividad y los numerosos ataques de Narciso.

Estos hechos acaecen con un importante componente de enfermedad mental del acusado: padece desde hace años una esquizofrenia paranoide y en el momento de los hechos se declara probado que se encontraba bajo un brote psicótico que anulaba completamente sus facultades cognitivas y volitivas. Tras los referidos ataques estuvo privado de libertad del 14 al 24 de abril de 2020 y sometido a prohibición de aproximación y comunicación con respecto a sus padres desde dicho 24 de abril.

Como consecuencia de lo anterior, la Audiencia Provincial de Valencia absuelve a Narciso como responsable criminalmente en concepto de autor, con concurrencia de la circunstancia eximente de responsabilidad criminal de trastorno mental, de los delitos de amenazas en el ámbito familiar, de malos tratos en el ámbito familiar y de dos delitos de homicidio en grado de tentativa previstos y penados en el artículo 138.1 y 4 del Código Penal, que se le imputaban y acuerda imponerle la medida de seguridad consistente en internamiento para tratamiento médico en establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que padece respecto a los delitos de amenazas y maltrato familiar por un límite máximo de 3 meses por cada uno, y por cada delito de homicidio con atentado por un límite máximo de 10 años, aclarando que la medida computaría 20 años y 6 meses en total. Asimismo, se le condena a indemnizar a uno de los policías -el otro agente renunció a dicha indemnización- y se acuerda la imposición de las costas procesales.

Dicha sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia con excepción de un delito de amenazas, dejando sin efecto el internamiento de 3 meses que se le impuso por razón de estas, y frente a ello se plantea recurso de casación por infracción de ley (motivos primero y segundo) y por infracción de precepto constitucional (motivos tercero y cuarto). Si bien se mencionará su contenido, deberemos centrar el análisis en el segundo, por haber prosperado y dado lugar a la estimación parcial del recurso y redacción de nueva sentencia sustitutiva, así como a un voto particular discrepante con dicha estimación.

2. Pronunciamiento del Tribunal Supremo

El primer motivo de recurso plantea una infracción de ley por indebida aplicación del tipo de homicidio agravado en grado de tentativa al considerar el recurrente que el acusado no acometió ni a su padre ni al vecino que acudió a auxiliar, y que evidenciaría la falta del elemento subjetivo. Si bien el motivo se desestima, resulta reseñable porque el tribunal considera que existía una grave alteración mental que impidió al recurrente comportarse según una comprensión orientada a la norma, pero que éste conocía los elementos nucleares del injusto y, «aún condicionado esencialmente por el trastorno delirante, quiso producir el resultado prohibido» considerando la sala que sí concurriría el «dolo natural» reclamado por el tipo subjetivo. No obstante, la propia sala indica que esta apreciación la realiza con cautela, consciente de posicionamientos doctrinales diversos y enfrentados sobre el dolo en casos de imputabilidad por trastorno mental mayoritariamente psicótico. El tercer y cuarto motivo se desestiman sin

requerir elevadas argumentaciones, por tratarse de falta de desarrollo del motivo en sí mismo y por aplicación del baremo a efectos de responsabilidad civil, por lo que nos centraremos, como adelantábamos, en el segundo.

El segundo motivo recurre por infracción de ley y por indebida aplicación del artículo 66.1.6º del Código Penal (en adelante, también, CP), por considerar que no se ha concretado debidamente el contenido y alcance de la medida de seguridad impuesta. El recurrente considera que hay información médica que acredita que el acusado puede desarrollar su vida en libertad con normalidad y con la medicación adecuada, sin que resulte necesario el internamiento, y que lo contrario supondría vulnerar las condiciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) establecidas en sentencias como el caso M.B. contra España de 6 de febrero de 2025² y que han sido incorporadas a la doctrina del propio Tribunal Supremo³.

Dichas condiciones serían: que se demuestre que la persona sufre un verdadero trastorno mental (según la sentencia del TEDH «que se haya establecido ante una autoridad competente la existencia de un verdadero trastorno psíquico sobre la base de una pericial médica objetiva»), que dicho trastorno sea de un grado o tipo que justifique el confinamiento obligatorio (considera el TEDH que lo será «si se comprueba que el internamiento es necesario porque necesita terapia, medicación u otro tratamiento clínico para curar o aliviar su estado, pero también cuanto la persona necesita control y supervisión para evitar, por ejemplo, que se cause daño a sí misma o a terceros») y, como tercera condición, que el momento en que deba establecerse dicha necesidad de internamiento es la fecha de adopción de la medida privativa de libertad, pero sobre ello el TEDH matizará que «la validez del internamiento continuado dependerá de la persistencia del trastorno psíquico, deben tenerse en cuenta los cambios que se hayan producido en el trastorno psíquico del detenido tras la adopción de la orden de internamiento».

En base a lo anterior, el TS considera que la validez del internamiento dependería de la persistencia del trastorno mental, puesto que su libertad solo puede sacrificarse para responder a la estricta finalidad del control de su peligrosidad, en concreto de «su actual» peligrosidad, y por ello entiende imprescindible que se constate un pronóstico de peligrosidad contemporánea que justifique la reclusión, pronóstico que estaría vinculado tanto al riesgo actual como a la persistencia de la patología que lo causó. Partiendo de ello, la Sala consideró que lo pertinente era que el tribunal cuya sentencia se casa comprobase en sede judicial «la necesidad sincrónica de la medida» y que, por no haber efectuado una evaluación específica, digamos, actualizada, del estado del acusado, ese requisito no se habría cumplido. Así, a juicio del TS, a la hora de acordar el internamiento en la sentencia se prescindió del análisis de la documentación clínica incorporada a la causa, de la deposición de la psiquiatra que había tratado al acusado tras su internamiento civil no voluntario y de valorar adecuadamente que, tras éste, le habían seguido tratamientos ambulatorios, diversas pautas farmacológicas e internamientos voluntarios con salidas y con contactos familiares. *Sensu contrario*, la información considerada para la imposición de la medida se había elaborado dieciséis meses antes del juicio, aunque había sido ratificada en

² Resumen disponible en: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/article/view/10874> y texto completo disponible en el siguiente enlace: [Sentencia TEDH caso M.B. contra España](#)

³ Una de ellas, STS 291/2024, Penal, de 21 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:1961), que plantea, haciéndose eco de la STEDH de 12 de junio de 2003, caso *Herz contra Alemania*, que «debe disponerse de información rigurosa y actualizada que permita identificar necesidades terapéuticas y de prevención que presten fundamento a la adopción de las medidas de seguridad que procedan. Y es obvio que no contamos con dicha información». Esta sentencia, del mismo modo que la hoy comentada, reenviará la causa a instancia para una audiencia que tendrá por objeto fijar o no medidas de seguridad y cuáles. La sentencia no tuvo votos particulares.

sede judicial por los forenses, quienes apuntaban a un posible tratamiento ambulatorio para controlar su patología, y que por ello no se cumplía el tercer requisito dispuesto por la referida Sentencia del TEDH, alimentada a su vez por el artículo 5.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos⁴.

Consideraría este argumento como loable, incluso, puesto que entiende imprescindible «neutralizar la peligrosidad» para sí y para terceros, garantizando simultáneamente el derecho a la libertad y a una evaluación rigurosa «sobre la base de una información médica fiable y sincrónica», pero es en este punto cuando se esbozaría la primera falla del argumento, referida a actuaciones «sincrónicas» en sede de casación cuando por cualquier lector o lectora es conocido el inexorable –y no escaso– paso del tiempo desde el hecho delictivo hasta su firmeza en sede del Alto Tribunal, si procediere.

En base a lo anterior, la Sala considera que podría producir graves consecuencias adoptar una medida de seguridad de internamiento si ha transcurrido un periodo de tiempo largo desde el hecho y sin una base sólida que verifique un pronóstico de peligrosidad y su necesidad terapéutica, y para evitarlo considera que el tribunal no puede limitarse «por las reglas del acusatorio o por fórmulas generales de carga probatoria», sugiriendo «introducir ajustes del procedimiento, modulaciones de las reglas de la prueba y de desarrollo del proceso» y, para el caso concreto, acuerda reenviar la causa al tribunal de instancia para convocar a las partes a una audiencia –extraordinaria, añadiría– que valore exclusivamente la oportunidad de fijar o no medidas de seguridad, y cuáles, en su caso. Sobre esto versará, principalmente, el voto particular que veremos.

3. El voto particular, una visión pragmática y procesalista

El magistrado Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente formula voto particular en cuanto a la estimación del motivo segundo que, a juicio de esta autora, ya se adelanta, esboza una línea de pensamiento más ajustada a la realidad jurídico-procesal y fáctica. Según el magistrado, la estimación del recurso se basa principalmente en el incumplimiento del requisito tercero establecido por la doctrina del TEDH debido a la asincronía entre el informe médico y la celebración del juicio dieciséis meses después, y en la semejanza del asunto que nos ocupa con el analizado en la citada sentencia “M.B. contra España”, pero considera que la Sala sobrevalora dicha resolución.

Considera que incurre en contradicción la sentencia al entender la mayor parte de los miembros de Sala que no estaba debidamente acreditada la necesidad de internamiento y, sin embargo, en lugar de dejarla sin efecto, aprecian que puede intentarse nuevamente introduciendo «ajustes en el procedimiento», y reenvían al causa al tribunal de instancia para la referida audiencia extraordinaria; Si bien estos ajustes aparentemente estarían amparados en el artículo 729.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵, no cree que persigan un mejor acceso a la justicia por el enfermo o incapaz, sino corregir un error del tribunal de instancia.

⁴ Artículo 5. 1. «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente. (...) e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo».

⁵ Considérese al respecto que el artículo 728 plantea que «No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas». Y

En esta primera parte del voto particular el magistrado aprecia una falta de causa de admisibilidad, a mi juicio de manera correcta, y lo hace al verificar que el motivo no se estima por vulneración del derecho a la tutela efectiva por falta de motivación de sentencias de instancias anteriores, ni por indebida aplicación de un precepto, de modo que se evidenciaría la admisión del recurso de casación sin un aparente encaje en las causas firmemente tasadas por la ley, causas que suponen un filtro extremadamente estricto para los letrados/as y justiciables que pretendan la tutela del más Alto Tribunal. El motivo de la admisión, según el magistrado y la Sala, sería la «omisión de un juicio actualizado», cuestión que llama poderosamente la atención si consideramos los tiempos medios⁶ de tramitación de una causa ante el Tribunal Supremo y que, atendiendo a ello, dicho motivo bien podría ser causa de admisión de tantos otros –incluso casi todos, podría decirse– recursos donde deba analizarse la nueva situación personal del encausado años después de los hechos delictivos⁷.

Asimismo, la justificación de la Sala para entrar a valorar la necesidad de la medida es «la obligación positiva e ineludible del Estado de neutralizar la peligrosidad que para la integridad física del propio Sr. Teodosio (*sic*) y de terceros pueda derivarse del estado y evolución de su enfermedad mental, garantizando, al tiempo, su derecho a la libertad», de modo que se alude a la peligrosidad como criterio de imposición de la medida de seguridad y a un problema evidente, manifestado por el magistrado, que es la adecuada aplicación del régimen de las medidas de seguridad tal y como están actualmente concebidas. A su juicio, la argumentada semejanza con la sentencia M.B. contra España parece un motivo –podríamos incluso decir “una excusa”– para lo que la Sala entiende que es una necesaria adaptación de la jurisprudencia a la realidad social de la peligrosidad y la enfermedad mental, pero que el magistrado llama “voladura (¿controlada?)” del sistema de respuesta español a las conductas cometidas por inimputables tal y como lo conocemos.

excepciona esto el artículo 729 que indica: «Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior: (...) 2.º Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación». Si atendemos al tenor literal, «objeto del escrito de calificación» podría ser cualquier cuestión, tanto fáctica como jurídica, permitiendo salvo mejor criterio desde el punto de vista puramente procesalista, una práctica de prueba ilimitada en el tiempo.

⁶ Si bien es un dato difícil de refinar por incluirse en ellos otras causas, atendiendo a fuentes del Consejo General del Poder Judicial y a las memorias del Tribunal Supremo, podría apreciarse posiblemente una duración media de las causas -ante el TS solamente- de más de dos años, dependiendo de diversos factores como la complejidad de la casación y atendiendo tanto a la fase “cuello de botella” de admisión como a la de resolución. La propia resolución hoy comentada trae causa de 2022 en instrucción, tiene sentencia ante el TSJ en mayo de 2023 y su número de recurso ante el Supremo es el 4439/2023, resolviéndose el 16 de diciembre de 2025. Fuente (si bien, insistimos, no aparecen en ella datos depurados y la propia web indica que se han calculado en base a un modelo matemático que considera los asuntos ingresados y resueltos): [Consultar: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch.Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=2&anio=2023&territorio=-&proc=ASUNTOS%20DE%20LO%20PENAL>].

⁷ Parece que comparto mi humilde criterio con el del magistrado, mucho más elevado, pues en la última página de su voto particular se apuntaría a esta medida, afirmando: «parece que en la totalidad de los recursos de apelación y casación, pendientes todavía de ser resueltos y que tuvieran este objeto (la procedencia o improcedencia de imponer una medida de seguridad de internamiento a un inimputable), el Tribunal competente para resolverlos (...) habría de proceder a convocar, incluso de oficio, esa nueva comparecencia con práctica de pruebas, so pena de, en otro caso, estar confirmando e imponiendo una medida de seguridad de internamiento al declarado inimputable, que comenzaría a ejecutarse sin un “juicio actualizado” acerca de su necesidad en los términos exigidos por la sentencia de la que discrepo», práctica procesal que incluso llevaría, según el magistrado, a que la medida de seguridad no pudiera ser ejecutada provisionalmente sino solo en el momento de la firmeza de la sentencia, pervirtiendo totalmente la finalidad precisa de la medida de neutralizar la peligrosidad del enfermo.

La contundente afirmación del magistrado se basa en que, a su juicio, la Sala confunde las medidas terapéuticas extrapenales y las medidas de seguridad penales –postdelictuales– a personas inimputables, y que por ello recurre a “estirar” el tenor literal del citado artículo 729.2º y a crear dicha audiencia *sui generis* a la que no augura éxito.

3.1. Principales características de la esquizofrenia

Cierto es que los hechos enjuiciados por la Audiencia Provincial evidenciaban un brote psicótico con componente delirante, con alta peligrosidad para sí y sobre todo para terceros, y con una expresa recomendación de no convivir con familiares, motivando por todo ello el internamiento en régimen cerrado. Ciertamente, también, que la perito constató una mejoría del paciente, una adecuación de éste a su tratamiento, y la recomendación de estar “atendido” en un centro psiquiátrico, sin precisar que fuera necesario para ello el régimen de ingreso. La recomendación de no estar con familiares ya no era por poner en riesgo la integridad de estos sino por su avanzada edad, que impedía que pudieran cuidar y supervisar al enfermo tal y como la esquizofrenia requiere.

Sin embargo, las distintas instancias, y ahora la Sala y el magistrado, afirman que es clara la enfermedad crónica e incurable del encausado, el extremo peligro de la crisis que dio lugar a las actuaciones y la imposibilidad de prevenir con certeza otras crisis, pues «se mueven en el ámbito de los juicios de pronóstico», que vendrá determinado principalmente por la eficacia del tratamiento pautado, pero también por la propia adherencia del enfermo a dicho tratamiento, dada la constatada y frecuente ausencia de conciencia de enfermedad que presentan los enfermos de esquizofrenia.

Llegados a este punto conviene mencionar brevemente, a modo de *excurso*, que la esquizofrenia, clasificada en el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales en su versión 5 (en adelante, DSM-V⁸), se encuentra recogida dentro de los trastornos psicóticos y definida por «anomalías en uno o más de los siguientes cinco dominios: delirios, alucinaciones, pensamiento (discurso) desorganizado, comportamiento motor muy desorganizado o anómalo (incluida la catatonia) y síntomas negativos» que incluiría varias fases con distinta sintomatología y, a su vez, diferentes pronósticos según el grado de progresión⁹ de la enfermedad, los años transcurridos desde su diagnóstico y su tratamiento y adherencia a este, cuestión que tiene marcada influencia precisamente en el juicio de peligrosidad, tanto predelictiva como postdelictual, por la posibilidad de efectuar ese referido «juicio de pronóstico» en función de la medicina actual y las circunstancias que rodeen al propio paciente y a su evolución.

Estos síntomas tendrán a su vez un inicio inespecífico durante meses o años incluso, según la literatura científica, sin un inicio súbito, ya que las crisis se presentarán en una fase aguda de la enfermedad, con síntomas graves, donde parte del abordaje se centrará en terapias que ayuden

⁸ ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA (APA, AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION), *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, 5º ed., 2018.

⁹ El DSM-V indica que «los síntomas característicos de la esquizofrenia comprenden todo un abanico de disfunciones cognitivas, conductuales y emocionales, aunque ningún síntoma concreto es patognomónico del trastorno. El diagnóstico conlleva la identificación de una constelación de signos y síntomas asociados con un deterioro del funcionamiento laboral o social. Los sujetos con este trastorno variarán de manera sustancial en la mayoría de las características, ya que la esquizofrenia es un síndrome clínico heterogéneo». ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, 5º ed., 2018, p. 100.

al enfermo a tomar conciencia de su enfermedad y a lidiar con las alucinaciones y delirios¹⁰, y ello puesto que es extremadamente frecuente que el enfermo presente anosognosia, esto es, que no tenga conciencia de la propia enfermedad, tomando los delirios y las alucinaciones como situaciones (auditivas, visuales...) completamente reales y dificultando, por tanto, que el enfermo pueda distinguir los síntomas. A su vez, esta percepción le llevará a mayor probabilidad de agresividad, recaídas y disfunciones¹¹, y resultará muy frecuente, para paliar determinados síntomas, el consumo de tóxicos, principalmente el alcohol y el tabaco, este último incluso de forma compulsiva, consumo que podrá a su vez potenciar otros trastornos como el trastorno de ansiedad, el trastorno obsesivo-compulsivo y el trastorno de pánico, o derivar en brotes psicóticos cuyo origen –la esquizofrenia o la droga en sí– sea difícil de vislumbrar. También padecerá una mayor vulnerabilidad al estrés¹², bajas habilidades sociales y mayores dificultades para afrontar las demandas diarias, provocando a veces aislamiento, estigma, dependencia económica y marginación, una mezcla de factores que pueden actuar como círculo vicioso que “alimenta” la probabilidad de recidiva. Si, llegados a este punto, se constata que el paciente puede presentar síntomas positivos de esquizofrenia, anosognosia y consumo de tóxicos, no resultará extraño que se observe hostilidad o, en otros casos, vulnerabilidad psicológica y una posición del enfermo más como víctima que como autor, afirmando autores –ESBEC y ECHEBURÚA¹³, entre otros– que la mayor parte de las conductas destructivas son más bien consecuencia de la marginación y de la maldad, y no “de la locura”.

Evidentemente, en estas líneas no se podrá abordar con profundidad una enfermedad tan compleja e, incluso, sería osado hacerlo desde el punto de vista exclusivamente jurídico y no facultativo, pero sí se esboza esta cuestión porque las pautas vitales del individuo marcarán, a su vez, el pronóstico de su enfermedad, “disparando” las crisis y alterando el pronóstico de peligrosidad.

Volviendo al caso que nos ocupa, con lo anterior no quiero negar una peligrosidad evidenciada y documentada en sede judicial, pero sí apuntar a que probablemente el encausado no tenía un buen control de su enfermedad –por la anosognosia– ni una red familiar de apoyo y supervisión eficientes –por la avanzada edad de los padres en 2023, presumiblemente igual un año antes– y, en el momento de los hechos, si las fechas no dan lugar a equívoco, habría estado aproximadamente un mes confinado en su domicilio con sus padres como consecuencia del estado de alarma derivado de la pandemia por COVID-19. A nadie escapa que todo ello puedan ser elementos “disparadores” de un brote y que quizá no fueron debidamente analizados y valorados en la primera instancia, algo que parece querer paliar la Sala pero desde un cauce anómalo.

Lo anterior nos lleva a mencionar brevemente la posibilidad de ahondar en políticas preventivas y en medidas predelictuales que podríamos llamar «de prevención y seguridad», pero por el

¹⁰ RUIZ IRIONDO/SALABERRIA/ECHEBURÚA, «Análisis y tratamiento psicológico de la esquizofrenia en función de los estadios clínicos», *Actas Españolas de Psiquiatría*, (41-1), 2013, p. 56.

¹¹ VAN DER TORRE MARTÍNEZ, «Propuesta de modelo dual preventivo, basado en un estudio fenomenológico crimino-delictivo y su comparativa, en función de la correspondencia genética de cinco trastornos mentales», *Revista de Estudios Penitenciarios*, (259), 2019, p. 79.

¹² RODRÍGUEZ/BRAVO, «La atención integral en la comunidad a las personas con Trastorno Mental Grave» en GISBERT AGUILAR (coord.), *Rehabilitación psicosocial y tratamiento integral del trastorno mental severo*, 2003, p. 32.

¹³ ESBEC/ECHEBURÚA, «Violencia y trastornos de la personalidad: implicaciones clínicas y forenses», *Actas Españolas de Psiquiatría*, (38-5), 2010, pp. 252-253 y 259.

carácter resocializador y preventivo de estas, y no por la aplicación previa a sujetos inimputables de una suerte de castigo anticipado, algo vetado en nuestro ordenamiento, de modo que se trabaje de forma previa al delito en evitar daños para el propio enfermo y para la sociedad, que también debe ser protegida, y no tanto en internar de forma involuntaria –internamiento de carácter civil– o, cuando ya cometió un hecho delictivo, en internar en centro penitenciario psiquiátrico o centro penitenciario adaptado.

Algunas de dichas medidas pueden ser el ingreso en comunidad terapéutica, custodia familiar o servicios residenciales proporcionados por servicios sociales, de modo que se reduzca al mínimo el estrés del paciente y se realice seguimiento de la pauta farmacológica, o el establecimiento de un plan de actuación para el enfermo y para los propios familiares, quienes necesitan identificar signos de recaída, obtener apoyo ante la enfermedad y adquirir herramientas para evitar estresores en el ámbito familiar. Otras medidas podrían ser el apoyo psicosocial y métodos rehabilitadores, pero también la implementación de reformas legales –que deben ser muy sopesadas– que permitan actuaciones como el tratamiento ambulatorio involuntario, el establecimiento de una suerte de lo que llamo «vigilante-tutor-amigo» o «tutor-sanitario» o el otorgamiento de un documento de voluntades anticipadas ante enfermedad mental, similar al llamado «testamento vital», opciones todas que presentan retos sociales, económicos y de propia aceptación del enfermo –que, recordemos, puede no ser consciente de su enfermedad, por lo que puede a su vez no considerar necesaria medida alguna– pero que a mi juicio podrían arrojar resultados prometedores desde el punto de vista del derecho civil y penal humanizado¹⁴.

3.2 Alternativa propuesta en el voto particular como forma de evitar el bucle procesal.

A la vista de lo expuesto tanto por la Sala como en el voto particular en su primera parte, el magistrado considera que debería haberse mantenido la medida de seguridad, y argumenta para ello que, no existiendo medida cautelar penal y no constando en el expediente un internamiento civil involuntario, se debía inferir que el internamiento del encausado al que se refería la perito era consentido, que podía tener su origen no ya en la propia conciencia del enfermo sobre su enfermedad, sino en su constatación de la necesidad de ayuda, supervisión o estabilidad que tales condiciones le reportarían. El magistrado da un paso más en su argumento al defender que no se debería depender de la «pura y simple voluntad» del enfermo de estar interno, pues dicha voluntad podría ser voluble e incluso contraria a toda lógica, como hemos visto, sino que debería acordarse una medida de seguridad de internamiento para tratamiento médico pero con un control puntual sobre cuál sería el centro adecuado y hasta cuándo. Podríamos apuntar, sin embargo, a que lo bello de la teoría contrasta con la difícil aplicación práctica en los escasos centros penitenciarios psiquiátricos existentes¹⁵ y con la sobrecarga asistencial de centros penitenciarios, psiquiátricos u ordinarios, algo que parece dificultar la aplicación personalizada de una medida de seguridad para este tipo de pacientes.

¹⁴ Con un mayor desarrollo, ARREGUI MONTTOYA, «Esquizofrenia y expectativa delictiva: disyuntivas en la aplicación de políticas preventivas», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, (11), 2025, pp. 83-124.

¹⁵ Únicamente hay dos, en Sevilla y en Fontcalent (Alicante) (existe un proyecto para un tercer centro en Siete Aguas, Valencia), resultando claramente insuficientes, cuestión que provoca que otros centros penitenciarios ordinarios hayan tenido que habilitar módulos psiquiátricos en el contexto del PAIEM (Programa de Atención Integral al Enfermo Mental en Prisión). Es de destacar, al respecto y principalmente en relación con la Comunidad Valenciana, el informe del Observatorio de Derechos Humanos, salud mental y prisión, cuarta edición, 2024 [Disponible en: https://associacioambit.org/wp-content/uploads/2025/06/Informe-ODSP-2024_compressed.pdf].

Se aborda a continuación como gran crítica lo que parece ser un error de la Sala a la hora de configurar la medida de seguridad del encausado, crítica que comparto, y es que la Sala entiende necesaria la medida de internamiento –o la que procediera tras esa nueva vista– por evitar consecuencias perjudiciales para el enfermo, pero olvida la necesidad de la medida desde la peligrosidad post-delincuencial y desde la prevención de futuras comisiones delictivas con el inherente daño no a sí mismo, sino a terceros.

Se debe recordar –sin excesivo desarrollo por el tipo de trabajo– que la finalidad de la medida de internamiento civil voluntario o involuntario sería la prevención como tal, digamos predelictiva, y, sobre todo, la estabilización y mejoría del propio enfermo, entendiendo que deben abordarse las crisis y brotes y estabilizarlas para prevenir problemas ulteriores. Por el contrario, en el caso de la medida de seguridad de internamiento, los problemas se produjeron, dieron lugar a hechos probablemente muy graves atentatorios contra terceros, y fueron enjuiciados, sin que el hecho de no imponer una pena por la inimputabilidad del sujeto impida considerar que existe una elevada peligrosidad sino que, es más, fue precisamente el estado peligroso el que motivó el internamiento, es el juicio de peligrosidad el que implica necesariamente la imposición de una medida de seguridad más o menos restrictiva, pero imprescindible para la contención del sujeto.

No podremos olvidar que la medida de internamiento contemplada como medida de seguridad penal a veces ni siquiera podrá abordar la mejoría significativa o estabilización del enfermo (pensemos en fases avanzadas de enfermedades mentales como puede ser la propia esquizofrenia padecida por el encausado, fases en las que los tratamientos intentan mejorar la autonomía y la calidad de vida, pero no pueden reparar deterioros cognitivos avanzados, así como en otras patologías como las derivadas por alcoholismo avanzado o en comorbilidades por padecer varios trastornos o patologías duales de forma simultánea), y será algo jurídicamente correcto, pues la finalidad principal de la medida de seguridad no será la mejoría o curación, sino prevenir el riesgo para terceros, normalmente familiares del propio enfermo, y situaciones que con toda probabilidad, de no ser acordada, acaecerían. *Sensu contrario*, en otras ocasiones la medicación podría suministrarse de forma ambulatoria simplemente –en la esquizofrenia, por ejemplo, con antipsicóticos de segunda generación que suponen en su mayoría una medicación de depósito, a veces mensualmente–, sin embargo, la anosognosia y la falta de red familiar de supervisión aconsejarán incluso así realizar un internamiento como en el caso que hoy nos ocupa, pero, sobre todo, será el juicio de peligrosidad el que deberá estar permanentemente presente, como una constante, y proporcionarnos la certeza de que la medida es necesaria para prevenir otros delitos¹⁶.

Otra cuestión, no menor pero no es éste el foro adecuado para su discusión, sería el análisis del tratamiento del enfermo en el centro penitenciario –psiquiátrico u ordinario– que ha sido objeto de numerosas críticas por falta de medios personales y materiales, masificación¹⁷, infradiagnóstico de patologías mentales o duales influenciadas a su vez por la marginalidad y el consumo de tóxicos, y falta de mecanismos de derivación hospitalaria y de implementación

¹⁶ Resulta significativo para mí lo manifestado por el magistrado en la página 17 de la sentencia por su claridad y resumen de lo expuesto: «La medida de seguridad de internamiento del inimputable, dicho de otra manera, no se adopta porque éste padezca una enfermedad. Se adopta en cumplimiento de la obligación positiva del Estado de procurar la convivencia en libertad para lo que se precisa un grado razonable de seguridad».

¹⁷ Véase, al respecto, evidenciando una numerosa población penitenciaria psiquiátrica, ANUARIO ESTADÍSTICO DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, 2024, p. 388 [Disponible en: https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion-y-publicaciones/anuarios-y-estadisticas/ultimo-anuario-estadistico/Anuario-Estadistico-2024_web.pdf].

efectiva de una integración de la atención psiquiátrica en el sistema nacional de salud y en particular en el sistema penitenciario.

4. Conclusión

A juicio de esta autora, tanto en la sentencia de la Sala como en el voto particular subyace un ánimo loable de humanizar algo más la Justicia y la atención al ciudadano/a enfermo mental, considerando las particularidades que nuestro sistema judicial, tal y como está hoy concebido, plantea para estas cuestiones y las limitaciones que presentan las medidas de seguridad, la singularidad de cada enfermedad mental y, a su vez, cómo se presenta ésta en cada individuo. Parece también vislumbrarse una crítica a la tardanza en la tramitación de los procedimientos, lentitud que choca frontalmente con la humanización de la justicia y con el análisis relativamente personalizado –en el caso de circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad penal– del sujeto y su contexto.

Sin embargo, la solución a este problema no parece que deba ser una vista “sacada de la chistera” forzando el artículo 729 ya citado, pues esto parece reforzar la sensación de indefensión e inseguridad jurídica tanto a la hora de proponer y valorar la prueba como al proyectar el presumible cauce procesal que debería de seguir una causa. Esto, a su vez, podría tener claras consecuencias también en la posibilidad de eternizar –más, si cabe– el proceso y de pervertir la figura de la ejecución de la medida al vetar su ejecución provisional, ya que, mientras quepa recurso, y para evitar que se produzca el internamiento, bastará con recurrir, dejar que la sobrecarga judicial provoque sin esfuerzo una nueva dilación y esperar a que nuevos informes para esas vistas extraordinarias nazcan ya casi dirigidos a su propia obsolescencia.

Considero que, bajo ese ánimo justo y admirable, no se aborda “el elefante en la habitación” de la necesaria mayor dotación de medios en un sistema judicial con una histórica demanda de medios humanos y materiales, abordando y entendiendo esto desde la fase preliminar de detención, instrucción y enjuiciamiento a la fase de cumplimiento de penas y medidas de seguridad. No es ajeno al lector/a que puede causarnos, cuanto menos, desazón pensar en dicha reforma –que podríamos llamar la enésima– pero, considerando la histórica demanda de medios y de reformas procesales efectivas de la Administración de Justicia –y que la última llevada a cabo¹⁸ parece que se encuentra aún, a mi juicio, en una larga fase de adaptación–, podría ser una oportunidad para escuchar a todos los operadores jurídicos y atender debidamente el intrincado prisma que supone la enfermedad mental y la paradoja de asistir al enfermo/a y reconocerle todos los derechos posibles antes y después del delito pero sin olvidar la prevención, la protección, la peligrosidad y el tratamiento.

¹⁸ Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.

Las dilaciones indebidas *ex post iudicio* y su errático tratamiento por el Tribunal Supremo

Comentario a la STS 1078/2025, de 29 de enero de 2026

Pablo Lightowler-Stahlberg Juanes
Oliva-Ayala Abogados / URJC
pablo.lightowler@urjc.es

-

1. Introducción

El presente comentario tiene por objeto el análisis de la sentencia del Tribunal Supremo 1078/2025, Penal, de 29 de enero de 2026 (ECLI:ES:TS:2026:337), y, en particular, su pronunciamiento sobre la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, prevista en el art. 21.6.^a del Código Penal, cuando tales dilaciones acontecen tras la celebración del juicio oral (*ex post iudicio*), ya sea durante el dictado de la sentencia de primera instancia o durante la fase de recurso(s).

La aplicación de la referida circunstancia atenuante por dilaciones indebidas *ex post iudicio* no se trata de una cuestión novedosa, pero sí muy controvertida, pues no solo es una circunstancia post delictiva y ajena a la conducta desplegada por el sujeto responsable, sino que, además, desborda los límites de la primera instancia¹, dando lugar a situaciones procesales singulares como que la apreciación de la circunstancia atenuante sea interesada *ex novo* por la defensa en vía de recurso, o que sea cautelarmente interesada por potenciales dilaciones futuras, o, incluso, que no haya sido siquiera interesada por la defensa por haberse producido las dilaciones indebidas tras el último trámite de alegaciones posible.

Además, esta cuestión presenta una relevancia que va en ascenso, en la medida en que la lamentable falta de recursos de la que adolece la Administración de Justicia provoca que cada vez

¹ El Tribunal Supremo ha manifestado a este respecto que «se trata de una cuestión controvertida y que no siempre dio lugar en esta Sala a un pronunciamiento unánime. Como recuerda la STS 188/2020, 20 de mayo, en distintas ocasiones hemos señalado -entre otras en las SSTs 836/2012, 19 de octubre; 610/2013, 15 de julio o 935/2016, 15 de diciembre- que la apreciación de una atenuante *ex post facto* plantea ciertas dificultades conceptuales y procesales. Dificultades que se agravan cuando se pretende la aplicación de la atenuante *ex post iudicio*, fundada en la demora producida en el proceso de dictar sentencia o en la tramitación de los recursos contra ésta. En tales supuestos se está interesando la casación de la sentencia con base a una atenuante que ni se planteó en el juicio oral ni se pudo debatir contradictoriamente en él, presentándose en la casación como una cuestión nueva» (STS, Penal, 419/2025, de 7 de mayo [ECLI:ES:TS:2025:2000], FJ. 5, p. 6).

sea más frecuente que las dilaciones indebidas no solo aparezcan en la primera instancia –donde ya están instaladas de forma cuasi permanente– sino también tras la celebración del juicio oral.

Pese a ello, el Tribunal Supremo no ha logrado alcanzar una solución unánime a la controvertida cuestión y, lejos de zanjar el debate, sigue, en cierto modo, alimentándolo mediante el dictado de resoluciones abiertamente contradictorias –que, a menudo, comparten fundamentos muy similares–, perjudicando al principio de seguridad jurídica.

En concreto, la STS 1078/2025, Penal, de 29 de enero de 2026 (ECLI:ES:TS:2026:337), que nos ocupa, descarta tomar en consideración las dilaciones acontecidas en la fase de recurso de casación –cuya duración aproximada fue de 4 años–, rechazando cualificar la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas que sí aprecia en grado simple por los retrasos sufridos durante la fase intermedia.

Avanzamos que no podemos compartir la solución denegatoria alcanzada por el Tribunal Supremo, estimando que los fundamentos ofrecidos por el órgano de casación para no computar las dilaciones *ex post iudicio* no resultan satisfactorios desde una perspectiva estrictamente jurídica, tal y como desarrollaremos a lo largo del presente comentario.

2. Antecedentes fácticos y procesales de la Sentencia del Tribunal Supremo 1078/2025, de 29 de enero de 2026

2.1. Hechos enjuiciados

A los efectos del presente comentario, poca relevancia ostentan los hechos objeto del procedimiento que concluye con la STS 1078/2025, Penal, de 29 de enero de 2026 (ECLI:ES:TS:2026:337). Por ello, no nos detendremos en su exposición pormenorizada, bastando con señalar, a fin de ilustrar mínimamente al lector, que tales hechos consistieron en sendos fraudes de IVA, correspondientes a los ejercicios fiscales de 2011, 2012 y 2013, cometidos por una organización de personas físicas y jurídicas que operaban en el sector de los hidrocarburos.

Sí procede señalar en este apartado, como apunta la sentencia de primera instancia², y como reitera la sentencia de casación, que los hechos entrañaban una notable complejidad, pues en los mismos participaron un elevado número de personas y de empresas, algunas de estas últimas radicadas en el extranjero.

2.2. Antecedentes procesales

Mayor interés suscitan los antecedentes procesales, pues permiten tomar debida razón del *iter* del procedimiento hasta llegar al pronunciamiento contenido en la STS 1078/2025, de 29 de enero de 2026 (ECLI:ES:TS:2026:337), que nos ocupa.

² Cfr. SAN 2/2022, Sec. 1ª, de 21 de febrero (ECLI:ES:AN:2022:677)

a) *Origen del procedimiento y fase de instrucción*

El origen del procedimiento se encuentra en el año 2012 ante el Juzgado de instrucción de Barcelona, el cual se inhibió en favor del Juzgado Central de instrucción n.º 6 de la Audiencia Nacional en el año 2013.

La fase de instrucción se prolongó durante 5 años, hasta el 7 de febrero de 2017, momento en el que fue dictado el Auto de transformación en procedimiento abreviado. Ciertamente, un lapso temporal nada exagerado ni excepcional atendiendo a la complejidad de los hechos.

b) *Fase intermedia*

Desde el dictado del Auto de transformación, de 7 de febrero de 2017, hasta la formulación de los escritos de acusación por el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado, transcurrieron 2 años, dictándose el Auto de apertura del juicio oral el 21 de marzo de 2019.

Tras ello, transcurrieron otros 16 meses hasta el dictado del Auto de admisión de pruebas, de 30 de julio de 2020.

El inicio de las sesiones del juicio oral tuvo lugar el 13 de septiembre de 2021.

c) *Juicio oral y sentencia de primera instancia*

El juicio oral se celebró en 16 sesiones repartidas entre los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2021.

El 21 de febrero de 2022, la Sección 1.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó la sentencia en primera instancia, la n.º 2/2022, de 21 de febrero (ECLI:ES:AN:2022:677). Dicha sentencia, pese a lo solicitado por las defensas en atención a las notables dilaciones experimentadas por la causa durante la fase intermedia, rechazó apreciar la atenuante de dilaciones indebidas.

d) *Fase de recurso y sentencia firme*

Dado que la causa fue incoada previo a la entrada en vigor de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal y generalizó la segunda instancia, no era posible la interposición de recurso de apelación frente a la sentencia, presentando las partes recurso de casación directo ante el Tribunal Supremo.

A través de dicho recurso de casación, dos de las defensas formularon motivos por infracción de ley del art. 849.1º de la LECrim., por indebida inaplicación del art. 21.6.ª del CP relativo a la atenuante de dilaciones indebidas. Por su parte, otra de las defensas –que en su escrito de formalización de recurso no había reclamado la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas–, aprovechando el trámite de alegaciones del art. 882 LECrim., se adhirió a lo solicitado por las otras defensas en relación con dicha circunstancia atenuante, y, yendo un paso más allá –he aquí lo importante–, introdujo como argumento novedoso para la cualificación de la atenuante el necesario cómputo de aquellas dilaciones que ya estaban teniendo lugar durante la tramitación del recurso de casación y que, finalmente, resultarían aún mayores.

Pese a que la sola lectura de la STS 1078/2025, Penal, de 29 de enero de 2026 (ECLI:ES:TS:2026:337), no nos permite conocer los pormenores de la tramitación de recurso de casación, sí disponemos del dato objetivo consistente en que entre la sentencia de primera instancia y la sentencia de casación transcurrió el nada desdeñable periodo de 3 años y 11 meses.

3. Breves apuntes sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y los fundamentos de la circunstancia atenuante que deriva del mismo

3.1. Naturaleza y configuración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ostenta un no discutido rango de derecho fundamental, encontrándose recogido en el art. 24.2 de la Constitución Española, dentro de la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I, relativa a los derechos fundamentales y las libertades públicas. Previamente, este derecho ya había sido contemplado en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y en el art. 14.3.c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.

Su razón de ser se encuentra en la necesidad de que la justicia sea impartida en un tiempo razonable, de tal forma que se minimice el perjuicio derivado del mero sometimiento a un proceso penal de resultado incierto, limitándolo a lo estrictamente necesario. Como tiene pacíficamente establecido la doctrina jurisprudencial, dicho perjuicio debe presumirse³.

La doctrina científica ha afirmado que el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas entronca con el derecho a la dignidad de la persona⁴, de tal forma que «el sometimiento de un acusado a un horizonte impredecible en cuanto a la finalización del proceso, puede considerarse lesivo de la dignidad humana que sustenta la construcción originaria de este derecho subjetivo frente al poder punitivo estatal»⁵.

Es por ello que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ha quedado configurado como un derecho fundamental autónomo e independiente del también fundamental derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24.1 de la Constitución Española. Así lo establece la doctrina constitucional, afirmando que «si bien el derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 C.E., no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que los órganos judiciales deben asegurar la tutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos (SSTC 24/1981, fundamento jurídico 3º y 324/1994, fundamento jurídico 2º), desde la perspectiva jurídica y en el marco de nuestro ordenamiento resulta ineludible reconocer la autonomía del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (por todas, SSTC 26/1983, fundamento jurídico 2º, 61/1991, fundamento jurídico 1º, 35/1994, fundamento jurídico 2º, 298/1994, fundamento jurídico 2º, y

³ Cfr. Por todas, STS 526/2025, Penal, de 9 de junio (ECLI:ES:TS:2025:2627), FJ 2.º, p. 5: «el sometimiento a un proceso penal, la incertidumbre de su resultado, la sujeción a posibles medidas cautelares (obligación apud acta)... acarrear unas molestias o padecimientos que se van acrecentando a medida que se desarrolla el proceso. Si el proceso se prolonga indebidamente esos padecimientos devienen injustos. Dicho de otra manera: puede presumirse que las dilaciones en el enjuiciamiento perjudican al posteriormente condenado».

⁴ RIBA TREPAT, *La eficacia temporal del proceso. El Juicio sin dilaciones indebidas*, 1997, p. 163, donde sostiene que «a partir de la relación que se establece entre los artículos 10 y 24.2 de nuestra Carta Magna es posible caracterizar el juicio sin dilaciones indebidas como una concreción del respeto jurídico que toda persona merece».

⁵ ASÚA BATARRITA, *Lesión del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y proceso penal: disfunciones de la atenuación de la pena como compensación sustitutiva*, 2010, p. 163.

324/1994, fundamento jurídico 2º). De tal suerte que si el primero de dichos derechos comprende esencialmente el acceso a la jurisdicción y, en su caso, la obtención de una decisión judicial motivada en Derecho y, por ende, no arbitraria, sobre el fondo de las pretensiones deducidas (de entre las más recientes, STC 160/1998, fundamento jurídico 4º), el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas requiere para su satisfacción un adecuado equilibrio entre, de un lado, la realización de toda la actividad judicial indispensable para la resolución del caso del que se conoce y para la garantía de los derechos de las partes y, de otro, el tiempo que dicha realización precisa, que habrá de ser el más breve posible»⁶.

Conforme a lo expuesto, en virtud del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, los Jueces y Tribunales tienen el deber de, por un lado, resolver en un plazo razonable, evitando, con carácter general, la generación de dilaciones indebidas (faceta prestacional), y, por otro, ordenar la inmediata conclusión de aquellos procesos en que se incurra en dilaciones indebidas (faceta reaccional)⁷. Dentro de esta última faceta reaccional entendemos que cabe añadir el deber de resarcir al justiciable por el perjuicio sufrido como consecuencia de aquellas dilaciones indebidas ya consumadas, aplicando la correspondiente rebaja de la pena.

3.2. Fundamentos de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas

La circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, tras su específica introducción por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se encuentra recogida en el art. 21.6.^a del Código Penal. Previamente, la atenuación de la pena por la concurrencia de dilaciones indebidas se articulaba a través de una circunstancia de análoga significación (actual art. 21.7.^a CP).

Tras explorar múltiples opciones que perseguían reparar, de algún modo, la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, tales como la indemnización por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, la inejecución de la pena, la nulidad del procedimiento o el indulto –entre otras–⁸, a raíz del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2021, la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas –análoga primero, y específica después– se impuso como la opción, *a priori*, más satisfactoria para resarcir el perjuicio experimentado como consecuencia de retrasos del proceso⁹.

El principal problema que presenta el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es que, pese a tratarse de un derecho fundamental, la tutela del mismo por vía de amparo constitucional resulta altamente insatisfactoria para el damnificado, por cuanto, la pérdida del tiempo, una vez

⁶ Cfr. STC (Sala Primera) 198/1999, de 25 de octubre (BOE núm. 286, de 30 de noviembre de 1999), FJ 3.º.

⁷ Cfr. STC (Sala 2ª) 35/1994, de 31 de enero, (BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1994), FJ 2.º

⁸ Vid. RODRÍGUEZ MOLINA, *La atenuante de dilaciones indebidas y su aplicación jurisprudencial*, 2023, pp. 80 ss.; TOSCANO TINOCO, *Las dilaciones indebidas: una cuestión no resuelta. Evolución jurisprudencial, regulación legal y visión crítica*, 2013, pp. 241 ss.; ASÚA BATARRITA, *Lesión del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas*, 2010, pp. 165 y ss.

⁹ No faltan voces críticas en la doctrina, como TOSCANO TINOCO, *Las dilaciones indebidas*, 2010, donde comparte su «opinión contraria a la atenuación de la pena como consecuencia de la concurrencia de dilaciones indebidas, por no considerarla solución acorde con la naturaleza del derecho vulnerado» (p. 240), defendiendo que esta solución da «un tratamiento desde el Derecho penal sustantivo, mediante la introducción de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a lo que es un problema esencialmente procesal, cual es la paralización injustificada en la tramitación de los procedimientos. Siendo un problema esencialmente procesal la respuesta legal habría de ser también de carácter procesal, sin perjuicio de las implicaciones sustantivas en cuanto a la lesión del derecho fundamental que tratamos, de no solventarse la dilación» (pp. 284).

consumada, es irreversible e irreparable por su propia naturaleza, y la mera declaración por el Tribunal Constitucional de la vulneración sufrida ningún efecto reparador –si acaso, moral– tiene para aquel que la ha padecido.

Por ello, la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas surge como un medio a través del cual poder compensar, de manera efectiva y tangible, aquello que ya no tiene solución. Tal compensación llega en forma de rebaja de la pena que finalmente resulte a imponer al culpable.

El fundamento de dicha rebaja o atenuación de la pena radica en que el padecimiento que experimenta el justiciable por el simple hecho de verse sometido a un procedimiento penal más tiempo del debido constituye una *poena naturalis* que debe abonarse a la condena impuesta. De acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo «el fundamento de la atenuación consiste en que la pérdida de derechos, es decir, el menoscabo del derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, equivale a una pena natural, que debe compensarse en la pena que vaya a ser judicialmente impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (la pérdida de bienes o derechos derivada del proceso penal) y el mal causado por la conducta delictiva (SSTC 177/2004 y 153/2005). Por lo tanto, esa pérdida de derechos derivada del menoscabo del derecho fundamental debe determinar la reducción proporcional de la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto a la que corresponde por el grado de culpabilidad»¹⁰.

Sumado a lo anterior, aunque en un plano secundario, es posible advertir otro fundamento consistente en la menor necesidad y justificación de la imposición de una pena como consecuencia del transcurso del tiempo. Como ha sido dicho por el Tribunal Supremo, por un lado, el desmesurado transcurso del tiempo «siempre determina la reducción del nivel de exigencia de pena (necesidad de pena), cuya función retributiva o represiva resulta en buena medida desvirtuada, o, cuando menos, debilitada»¹¹, y, por otro, «el sujeto al que se le impone la pena, cuando transcurre un tiempo excesivo, ya no es realmente el mismo que delinquiró»¹². Es cierto que, cuando transcurren más de 10 años entre la comisión del delito y la firmeza de la condena –algo nada infrecuente en la práctica–, tanto la sociedad como el justiciable pueden haber cambiado tanto que el sentido de la pena se ve, cuando menos, afectado.

4. La atenuante por dilaciones indebidas *ex post iudicio* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

4.1. Cautelas y abiertas reticencias como base de un criterio cambiante

Con carácter general, el Tribunal Supremo se ha mostrado cauteloso, incluso abiertamente reticente, a tomar en consideración aquellos retrasos acontecidos con posterioridad a la celebración de juicio para apreciar o cualificar la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas.

¹⁰ Cfr. Por todas, STS 641/2024, Penal, de 24 de junio (ECLI:ES:TS:2024:3707), FJ 6.º, p. 7.

¹¹ Cfr. STS 835/20223, Penal, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2003:4001), FJ 4.º, p. 11.

¹² Cfr. STS, Penal, de 23 de junio de 1993 (ES:TS:1993:11822), FJ 1.º, p. 3.

Como veíamos *supra*, el mismo alto tribunal ha calificado esta cuestión como controvertida¹³, y advierte de «problemas procesales y conceptuales que si bien no permiten descartar con carácter absoluto la atenuante de dilaciones indebidas *ex post iudicio*, aconsejan que la misma se acoja de modo muy excepcional, en supuestos extremos, cuya valoración exige en todo caso ponderar las circunstancias del caso»¹⁴.

Pese a los reparos expuestos, a lo largo de los años, –como se verá a continuación– no son pocas las veces que el Tribunal Supremo ha apreciado *ex novo* o cualificado la atenuante de dilaciones indebidas computando los retrasos *ex post iudicio*. Si bien, en otras cuantas ocasiones, el mismo órgano ha negado la valoración de tales retrasos posteriores al juicio.

El problema surge cuando se advierte que tanto la fundamentación de las resoluciones que acogen las dilaciones *ex post iudicio* como la de las que las rechazan, a menudo, es muy similar –cuando no, directamente, compartida–, decantándose por acoger o rechazar la cuestión atendiendo a razones etéreas y poco objetivas. No existe, así, una línea jurisprudencial firme y clara, encontrándonos con fundamentos que resultan mudables en función de las circunstancias de cada caso.

4.2. Jurisprudencia favorable a la aplicación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas por retrasos *ex post iudicio*

a) Dilaciones indebidas por retrasos en el dictado de la sentencia de primera instancia

En una primera fase, durante los 2000, encontramos sentencias que estiman la atenuación de la pena como consecuencia de las dilaciones generadas en el dictado de la sentencia de primera instancia, tras la celebración del juicio oral.

Debe tenerse en cuenta que, por aquel entonces, las sentencias recurribles en apelación no accedían después a la casación y, cuando el Tribunal Supremo sí intervenía, aun no existían los significativos retrasos en la tramitación del recurso de casación que fueron apareciendo posteriormente, a raíz de la progresiva saturación de dicho órgano. Es por ello que no se encuentran pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre dilaciones causadas en la fase de recurso.

Durante esta primera etapa, la atenuante de dilaciones indebidas por los retrasos en el dictado de la sentencia de instancia fue apreciada sin demasiado reparo ni reflexión, incluso con el criterio del Ministerio Fiscal en contra, cuyo principal argumento era que tales retrasos habían surgido tras el juicio oral, motivo por el que pretendidamente no podían ser valorados.

Así, podemos encontrar resoluciones que aplican la atenuante de dilaciones indebidas cuando los retrasos en el dictado de la sentencia de primera instancia son de 6 meses, de 9 meses, de 10 meses, de 13 meses, de 15 meses o de 16 meses¹⁵.

¹³ Vid. Nota al pie n.º 1.

¹⁴ Cfr. STS 188/2020, Penal, de 20 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1148), FJ. 1.º, p. 4.

¹⁵ Cfr. SSTS 681/2003, Penal, de 8 de mayo (ECLI:ES:TS:2003:3127); 1165/2003, de 18 de septiembre (ECLI:ES:TS:2003:5561); 204/2004, de 23 de febrero (ECLI:ES:TS:2004:1161); 325/2004, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2004:1677); 1445/2005, de 2 de diciembre (ECLI:ES:TS:2005:7462); 217/2006, de 20 de febrero (ECLI:ES:TS:2006:1067); 932/2008, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2008:7436).

En estas primeras sentencias, el Tribunal Supremo asumía como algo natural y procedente, en virtud del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, la atenuación de la pena como consecuencia de los retrasos sufridos, aun cuando tales retrasos llegaban tras la celebración del juicio oral. Tanto es así que, en fechas más recientes, el Tribunal Supremo ha afirmado que «puede ya considerarse plenamente consolidada» aquella jurisprudencia que admite «que la duración injustificada que ha podido generarse durante el tiempo legalmente previsto para el dictado de la sentencia, puede ser reparada mediante la aplicación de la atenuante prevista en el art. 21.6 del CP»¹⁶.

b) Dilaciones indebidas por retrasos en la tramitación de los recursos

Es en una segunda fase, más próxima, cuando empiezan a aflorar sentencias del Tribunal Supremo que acceden a atenuar la pena por las dilaciones generadas en la fase de tramitación de recurso. También en esta segunda fase, el Tribunal Supremo introduce en sus sentencias mayores reflexiones sobre la conveniencia de valorar las dilaciones *ex post iudicio*.

Merece ser destacada en este punto la STS 935/2016, Penal, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2016:5470), cuya fundamentación –en relación con la cuestión que nos atañe– es cuasi idéntica a la de la sentencia objeto del presente comentario, la STS 1078/2025, Penal, de 29 de enero de 2026 –no en vano, ambas resoluciones comparten Ponente–. Lo relevante es que, aquella sentencia de hace casi 10 años, con unos mismos argumentos, alcanzó la solución opuesta a la que ahora nos ocupa, pues entonces sí tomó en consideración los 18 meses transcurridos desde el anuncio del recurso de casación hasta que se produjo el emplazamiento para apreciar la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

Asimismo, en fechas todavía más recientes, encontramos no pocas sentencias en las que el Tribunal Supremo ha apreciado la atenuante de dilaciones indebidas por retrasos de 15 meses, 18 meses, 2 años o 6 años en la tramitación de los recursos –tanto de apelación como de casación– frente a sentencias de instancia¹⁷.

Todo lo anterior ha llevado al Tribunal Supremo a admitir que «la reiteración de pronunciamientos jurisprudenciales que han conferido trascendencia a estos efectos a los retrasos tramitadores posteriores al juicio oral (como más reciente STS 22/2021, de 18 de enero) roturan el camino para no negar radicalmente la valoración de ese lapso de tiempo posterior a la sentencia, a efectos de la estudiada atenuante»¹⁸.

4.3. Jurisprudencia contraria a la aplicación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas por retrasos *ex post iudicio*

No obstante lo expuesto en el epígrafe anterior, de manera paralela a las sentencias que sí aprecian o cualifican la atenuante de dilaciones indebidas por los retrasos surgidos tras la

¹⁶ Cfr. STS 781/2023, Penal, de 19 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4360), FJ. 4.º, p. 10.

¹⁷ Cfr. SSTs 188/2020, Penal, 188/2020, de 20 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1148); 22/2021, de 18 de enero (ECLI:ES:TS:2021:156); 255/2021, de 18 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:1126); 204/2022, de 8 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1400); 1003/2022, de 23 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4965); 214/2023, de 23 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1209); 781/2023, de 19 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4360).

¹⁸ Cfr. STS 999/2025, Penal, de 4 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:5533), FJ. 4.º, p. 10,

celebración del juicio, han sido dictadas por el Tribunal Supremo otras cuantas sentencias que rechazan tal posibilidad.

Ejemplo de ello son las sentencias en las que se ha rechazado apreciar o cualificar la atenuante de dilaciones indebidas pese a producirse retrasos de 18 meses, 24 meses, 25 meses, 29 meses o 36 meses durante la tramitación de los recursos frente a la sentencia de primera instancia¹⁹.

El propio Tribunal Supremo ha reconocido su postura “vacilante”, señalando que «en muchas sentencias, aunque sin faltar en algunos comentarios reticentes a esa amplitud, se ha valorado el tiempo invertido en dictar la sentencia de instancia. Incluso en ocasiones se han llegado a computar los retrasos sufridos por el proceso en el Tribunal a quo tras anunciarse la casación. Es más, en algún precedente se podría encontrar cierta base para ponderar también los retrasos en la resolución del recurso de casación. Pero no podemos ignorar que la jurisprudencia más reciente está revisando esa laxitud o generosidad. No resultan del todo compatibles con premisas y principios procesales elementales esa tesis»²⁰.

Y, con lo anterior, llegamos a la Sentencia del Tribunal Supremo 1078/2025, de 29 de enero de 2026 –objeto del presente comentario–, la cual rechaza, una vez más, cualificar la atenuante de dilaciones indebidas por los retrasos en la tramitación del recurso de casación.

5. Análisis crítico de los fundamentos de la STS 1078/2025, de 29 de enero de 2026, relativos a las dilaciones *ex post iudicio*

5.1. Pretendida disociación teórica entre un plano constitucional y un plano de legalidad penal en lo que respecta al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

La sentencia aborda la cuestión objeto del presente comentario en su fundamento de derecho décimo quinto (p. 26). En el mismo, tras adelantar que no va a acoger el planteamiento del recurrente relativo a las dilaciones acaecidas durante la tramitación del recurso de casación, comienza su fundamentación admitiendo –no sin cierto grado de contradicción– que «[l]a vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas puede derivar tanto del retraso en el enjuiciamiento, como del tiempo invertido en la decisión del recurso. Eso en un plano, el constitucional, de constatación de la vulneración de un derecho fundamental, no se puede negar. Se ha afectado a ese derecho del que es titular no solo el recurrente sino también el acusado absuelto y la víctima (con modulaciones, también la acusación pública, al tratarse de un derecho fundamental procesal)».

Pese a tales afirmaciones certeras, que –entendemos– debieran conducir a la apreciación de la circunstancia atenuante por dilaciones indebidas *ex post iudicio*, la sentencia retrocede inmediatamente para introducir la idea de que «[p]lano diferente y diferenciable es el de la legalidad penal. En ese estrato hay que decidir si en relación al acusado, eso ha de traducirse o no en una atenuante y de qué intensidad. Ambos niveles son distinguibles y no necesariamente coincidentes».

¹⁹ Cfr. SSTs 92/2020, Penal, de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:690); 445/2022, de 5 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2020); 784/2022, de 22 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3540); 850/2023, de 21 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5053); 13/2025, de 16 de enero (ECLI:ES:TS:2025:236); 229/2025, de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2025:1182); 247/2025, de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:2025:1479).

²⁰ Cfr. STS 784/2022, Penal, de 22 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3540), FJ. 4.º, p. 10.

No obstante, sin perjuicio de los fundamentos subsiguientes, la sentencia no desarrolla ni explica esa concreta y supuesta disociación de niveles en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas entre el plano constitucional y el plano de legalidad penal, quedando en el aire como un mero planteamiento teórico irresuelto.

A nuestro más respetuoso entender, este primer fundamento opuesto por la sentencia para rechazar las dilaciones indebidas *ex post iudicio* –siquiera de modo introductorio– no puede ser acogido. La circunstancia atenuante de dilaciones indebidas nace como un mecanismo, en el plano de legalidad penal, para compensar de manera real al justiciable por aquellos perjuicios, fruto de la vulneración de su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que no pueden ser resarcidos eficazmente en el plano constitucional. Dicho de otro modo, la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas ha de formar parte de la vertiente reaccional del derecho fundamental a un proceso en un plazo razonable.

Por ello, en modo alguno es posible apreciar una distinción como la que se pretende entre el plano constitucional y el plano de legalidad penal. Si en el primero es posible afirmar con rotundidad que «[l]a vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas puede derivar [...] del tiempo invertido en la decisión del recurso», en el segundo no puede ignorarse esa vulneración para no apreciar o cualificar la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas por retrasos *ex post iudicio*.

5.2. Duración del procedimiento y *dies ad quem* para apreciar dilaciones indebidas

A continuación, la sentencia cuestiona «si la referencia a la “tramitación del procedimiento” (art. 21.6 CP) abarca también la fase de recurso; es decir, si podemos sumar los lapsos temporales originados por la sustanciación del recurso», a lo cual responde inmediatamente que «[h]abría razones materiales para computar los retrasos posteriores a la sentencia a la hora de sopesar la apreciación de la atenuante: no hay diferencia relevante desde el punto de vista de su fundamento (pena natural)».

Más allá de lo recogido en la sentencia, ha de afirmarse que el procedimiento se extiende hasta «el momento en que se dicta la sentencia firme que pone fin a la vía penal»²¹, de tal forma que término *ad quem* para la generación de dilaciones indebidas y la apreciación de la correspondiente circunstancia atenuante «se sitúa en el momento en que existe una decisión firme sobre el fundamento de la acusación».²²

Conforme a ello, estimamos que no solo existen «razones materiales para computar los retrasos posteriores a la sentencia», sino que tal cómputo resulta imperativo, en tanto en cuanto el propio artículo 21.6.^a habla de dilaciones extraordinarias e indebidas «en la tramitación del procedimiento», debiendo entenderse tal expresión en un sentido amplio²³. Así, negar las dilaciones *ex post iudicio* constituye una interpretación contraria a la literalidad de la norma y, por ende, contraria a Derecho; poco hay que sopesar.

²¹ ALCÁCER GUIRAO, en *Memento Penal*, 2022, p. 503.

²² RIBA TREPAT, *La eficacia temporal del proceso*, 1997, p. 74.

²³ ALCÁCER GUIRAO, en *Memento Penal*, 2022, p. 503.

5.3. Supuesto efecto llamada de recursos insostenibles y abusivos

Prosigue la sentencia con su fundamentación denegatoria introduciendo el argumento consistente en que admitir el cómputo de dilaciones indebidas durante la tramitación de los recursos pudiera dar lugar a una suerte de efecto llamada de recursos insostenibles y abusivos, cuya finalidad real –y oculta– sería la de obtener unas dilaciones indebidas: «[a]ceptar la relevancia de las dilaciones en fase de recurso invitaría a todo condenado a interponer siempre recurso: aunque no hubiese razones para ello. Abrir un trámite de impugnación supondría siempre, abrir simultáneamente la posibilidad de lograr una atenuación si surgen retrasos que, paradójicamente, serían bienvenidos. Podría en algún caso incluso convertirse en un acicate para recurrir; más en supuestos en que se roce el dintel inferior, bien de la atenuación, bien de su cualificación. Para alcanzarlas bastaría un poco de “suerte” en la impugnación; suerte, que se concretaría en unos deseados –e inconfesadamente perseguidos– retrasos».

No obstante, tal fundamento padece de múltiples e importantes defectos que impiden su adopción. El primero de ellos es que la existencia o inexistencia de razones para recurrir no se puede identificar con la mayor o menor probabilidad de éxito del recurso. Desde el punto de vista de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a un proceso con todas las garantías, la interposición de recurso frente a una condena siempre estará justificada, por bajas que sean las opciones de que prospere. Tanto es así que la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, establece en su art. 35 que «[e]n el orden penal y respecto de los condenados no cabrá formular insostenibilidad de la pretensión», estableciendo, para los letrados del turno de oficio, la obligación de recurrir las sentencias condenatorias respecto de sus defendidos.

El segundo defecto que se puede achacar a este fundamento es que, si realmente no se advierten razones para la interposición de recurso, el mismo deberá ser inadmitido a trámite²⁴ o, en su caso, desestimado sin mayor complicación ni dilaciones. En sentido similar, el fundamento parece responsabilizar al recurrente del anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, cuando lo único cierto es que, si no existiesen retrasos, ninguna dilación indebida se produciría por el mero hecho de recurrir, puesto que, como bien apunta la sentencia, «[e]n principio la interposición legítima de un recurso [...] no podría considerarse dilación descontable por ser responsabilidad del recurrente».

El tercer y último defecto es que, en la práctica, salvo conformidades, resulta extrañísimo –por no decir inexistente– el supuesto en el que un condenado renuncia a los recursos legalmente previstos, por muy remotas que sean sus opciones, de tal forma que admitir o no las dilaciones en fase de recurso ninguna incidencia real tendría en las tasas de interposición de recursos frente a sentencias.

5.4. La endémica saturación y lentitud de la Administración de Justicia no justifica la no apreciación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas

Continúa la sentencia afirmando que «una maltratada administración de justicia cuyos engranajes parecen oxidados por falta de inversión y la penuria de medios materiales y

²⁴ Cfr. Artículo 11.2 Ley Orgánica del Poder Judicial: «Los jueces y juezas, así como los Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal».

personales» aumenta las posibilidades de que aparezcan retrasos que den lugar a la apreciación o cualificación de la circunstancia atenuante, y más aún con «[e]l doble escalón impugnativo – apelación y casación– existente desde 2015». De este modo, la sentencia parece tratar de justificar su rechazo al cómputo de las dilaciones en la tramitación de los recursos por el hecho de que tales probables dilaciones obedecen a un déficit estructural de la Administración de Justicia.

No obstante, tal fundamento debe ser rápidamente desechado. Tal y como establece pacíficamente la doctrina del Tribunal Constitucional, «por más que los retrasos experimentados en el procedimiento hubiesen sido consecuencia de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales o del abrumador trabajo que sobre ellos pesa, esta hipotética situación orgánica, si bien pudiera excluir de responsabilidad a las personas intervinientes en el procedimiento, de ningún modo altera el carácter injustificado del retraso»²⁵. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, afirmando que el carácter estructural de las dilaciones no puede privar a los ciudadanos de su derecho a un proceso en un plazo razonable, debiendo los Estados organizar correctamente su sistema judicial para garantizar el respeto de tal derecho²⁶.

Por desgracia, la existencia de importantes retrasos en la tramitación de los recursos es frecuente y tiende a normalizarse, pero ello no significa que sea lo correcto ni que deba de ser así²⁷. No es admisible que una condena adquiera firmeza cuatro, cinco o seis años después de haber sido impuesta en la primera instancia, por mucho que tales retrasos tengan como origen primario el legítimo ejercicio del derecho al recurso.

5.5. La rebaja de la pena por dilaciones indebidas no es un beneficio *per se*, sino una compensación por un perjuicio que no debiera producirse

Seguidamente, la sentencia cuestiona la apreciación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas por el hecho de que los retrasos, lejos de causar un perjuicio al justiciable, en última instancia le estarían beneficiando de cara a obtener una rebaja de la pena. En este sentido, sostiene la sentencia que «[s]i la atenuante tiene por finalidad reparar el padecimiento en un derecho fundamental (pena natural), resulta contradictoria su apreciación con la constatación (clara y evidente; o implícita) de que las dilaciones, lejos de provocar padecimientos o perjuicio, han reportado un beneficio, perseguido directamente o, por lo menos, deseado en lo íntimo, ligado a la postergación del momento de ejecución de la sanción. No siempre la prontitud del castigo y el pasar página constituyen lo querido efectivamente por el infractor que, a veces (lo contrario es solo una presunción), prefiere que transcurra el mayor tiempo posible hasta la ejecución de la pena. Si la *ratio* de la atenuación radica en compensar un perjuicio, hay que ponderar la intensidad de ese daño o, su posible inexistencia en el caso concreto [...]. Constatar que se ha lesionado el derecho a un proceso en un plazo razonable en abstracto, no

²⁵ SSTC (Sala 1ª) 160/2004, de 4 de octubre (BOE núm. 270, de 09 de noviembre de 2004), FJ. 5.º; 153/2005, de 6 de julio (BOE núm. 194, de 14 de agosto de 2015), FJ. 6.º; y (Sala 2ª) 142/2010, de 21 de diciembre (BOE núm. 16, de 19 de enero de 2011), FJ. 4.º; (Pleno) 54/2014, de 10 de abril (BOE núm. 111, de 07 de mayo de 2014), FJ. 6.º; 89/2014, 9 de junio (BOE núm. 162, de 04 de julio de 2014), FJ. 6.º.

²⁶ SSTEDH de 7 de julio de 1989, caso *Unión Alimentaria Sanders c. España* (§§ 38 y 42); de 11 de marzo de 2004, caso *Lenaerts contra Bélgica* (§ 18).

²⁷ Cfr. STS 705/2006, Penal, de 28 de junio (ECLI:ES:TS:2006:4194), FJ. 5.º, p. 9: «lo que no puede suceder es que lo “normal” sea el funcionamiento “anormal” de la justicia, pues los Estados han de procurar los medios necesarios a sus tribunales a fin de que los procesos transcurran en un plazo razonable».

necesariamente significa que se han producido perjuicios reales que merecen ser paliados y compensados, con un beneficio legal que se traduce en una reducción penológica».

Sin embargo, de nuevo, nos vemos abocados a rechazar enérgicamente el fundamento ofrecido por la sentencia. En primer lugar, porque el perjuicio para el justiciable es inherente a los propios retrasos de la justicia; es decir, el perjuicio es automático y se presume como consecuencia de las dilaciones. Así lo ha venido entendiendo la jurisprudencia del mismo Tribunal Supremo, el cual no exige la acreditación de un perjuicio independiente y concreto más allá del simple padecimiento por los retrasos experimentados²⁸.

Por su parte, la doctrina ha señalado que «el hecho de que la dilación acabe deparando algún beneficio concreto y puntual al imputado en un proceso penal, no implica que, de manera automática, se desvirtúen las lesivas consecuencias que, para otros derechos fundamentales, como la libertad y/o la dignidad, puede conllevar el retraso en la tramitación del procedimiento»²⁹. En esta línea, hemos de incidir en que la atenuación de la pena por dilaciones indebidas no es un beneficio primario, sino una consecuencia que persigue paliar o compensar un perjuicio previo que el justiciable nunca tendría por qué haber experimentado. No es ocioso recordar en este punto que, como tiene establecido la jurisprudencia, en ningún caso le es exigible al justiciable impulsar el procedimiento dirigido contra su persona para que pueda apreciarse la vulneración de su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y para que sea merecedor de la circunstancia atenuante³⁰.

Finalmente, tampoco el fundamento resulta ajustado a las máximas de la experiencia, por cuanto, en la práctica, aquel sujeto que ya ha sido condenado en primera instancia experimenta un notable incremento de su sufrimiento, viendo cómo se concreta el riesgo de tener que cumplir una pena y cómo sus opciones de salir absuelto son cada vez menores, encontrándose impedido para embarcarse en nuevos proyectos vitales mientras agota sus menguantes esperanzas. No hay duda de que habrá quien pretenda postergar, de manera artificiosa, la firmeza de su condena, pero ello en modo alguno puede generalizarse ni servir de base para no apreciar la circunstancia atenuante por dilaciones indebidas *ex post iudicio*, pues en ningún caso obedece a la realidad cotidiana: quien resulta condenado lo único que quiere es salir absuelto o tener certeza sobre la pena lo antes posible.

5.6. Anómala revocación o casación de una sentencia por dilaciones posteriores a su deliberación y dictado

A continuación, la sentencia introduce un fundamento de naturaleza procesal interesante, consistente en que «cierta *contradictio in terminis* anida en la casación (o, en su caso, revocación) de una sentencia por no apreciar una atenuante basada en hechos (dilaciones) que no se habían producido cuando el Tribunal a quo la deliberó y votó; como no sería correcto casar la sentencia por haberse condenado a quien falleció mientras pendía el recurso. Lo procedente en este último

²⁸ Vid. Nota al pie n.º 3.

²⁹ RODRÍGUEZ MOLINA, *La atenuante de dilaciones indebidas y su aplicación jurisprudencial*, 2023, p. 30.

³⁰ Cfr. Por todas, STS 2036/2001, Penal, de 6 de noviembre (ECLI:ES:TS:2001:8612): «no es posible poner a su cargo [dicho del justiciable] la obligación de interrumpir activamente el plazo de prescripción que corre a su favor, cuando la paralización de la causa alcanza un tiempo considerable y es consecuencia de una inactividad judicial procesalmente no justificada. Dicho con otras palabras: el acusado en un proceso penal no está obligado a renunciar a la posible prescripción del delito para hacer valer su derecho no ser juzgado sin dilaciones indebidas, dado que la Constitución no condiciona el derecho fundamental a tal renuncia».

caso es una resolución *ex novo*: declarar extinguida la acción penal; pero no casar la sentencia para absolver por haber sobrevenido una causa de extinción de la responsabilidad penal. El argumento es proyectable a otros supuestos (por ejemplo, prescripción, por referirnos a una situación también ligada al transcurso del tiempo)».

En efecto, no puede negarse que la revocación de una sentencia por acontecimientos posteriores a su deliberación y dictado constituye, en cierto modo, una anomalía procesal. Podría llegarse al supuesto extremo de que, aun desestimándose todos los motivos de recurso, resultase pertinente apreciar la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas por unos exagerados retrasos sobrevenidos en la tramitación del recurso.

Idealmente, el órgano revisor debiera ser capaz de dictar una resolución independiente por la cual, sin afectar a la validez de la resolución recurrida, apreciase *ex novo* la circunstancia atenuante –como sucede en casos de fallecimiento del reo o prescripción– y aplicase la rebaja de la pena. No obstante, no estando prevista tal posibilidad en nuestro ordenamiento, la única opción consistirá en el dictado de una nueva sentencia que, revocando o casando parcialmente la anterior, aplique la rebaja de la pena que corresponda.

No podemos afirmar aquí, con rotundidad, que la solución existente sea procesalmente inmaculada, pero siempre será mejor que la pasividad e inacción del Estado ante la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

5.7. Alcance del principio de contradicción y de la prohibición de plantear cuestiones nuevas

La fundamentación avanza con otra objeción al cómputo de las dilaciones *ex post iudicio*, consistente esta vez en la afectación al principio de contradicción y a la prohibición de plantear cuestiones nuevas. Afirma la sentencia que «[c]onstruir atenuantes *post iudicio* es tesis con un andamiaje jurídico frágil, salvo que sacrifiquemos o modulemos hasta deformarlos algunos principios sustantivos y procesales básicos (contradicción o prohibición de cuestiones nuevas), amén de traicionar la naturaleza revisora del recurso de casación. Apreciando en casación la atenuante con la base de retrasos posteriores a la sentencia padecerá siempre -mucho o poco o todo- el principio de contradicción. En el momento del enjuiciamiento no se habían producido los hechos determinantes de esa pretendida atenuación. No habrá podido contradecirse la alegación que, solo si es invocada en casación, podrá ser rebatida».

No obstante, lo anterior no resulta coherente con el hecho de que las dilaciones indebidas son una cuestión de orden público procesal, con rango constitucional, de tal forma que su apreciación debiera producirse incluso de oficio, aun cuando la defensa no lo hubiese alegado siquiera. Esta tesis vendría avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual «se pueden apreciar de oficio las circunstancias de atenuación de la responsabilidad de los condenados que, de modo notorio, se aprecien en la causa, aun cuando ello no haya sido objeto de denuncia expresa por las partes perjudicadas por la correspondiente omisión (v. ss. T.S. de 23 de febrero de 1.996 y de 15 de diciembre de 2.000)»³¹.

A su vez, por lo que respecta a la prohibición de introducir *per saltum* cuestiones no planteadas en la instancia, el Tribunal Supremo también se ha mostrado partidario de flexibilizar tal

³¹ Cfr. STS 955/2004, Penal, de 16 de julio (ECLI:ES:TS:2004:5272), FJ. 8.º, p. 6.

prohibición en determinados supuestos, como es el de la apreciación de circunstancias atenuantes, afirmando que «[e]l principio general admite algunas excepciones. De una parte, la alegación de infracciones de rango constitucional que puedan acarrear indefensión. De otra, la vulneración de preceptos penales sustantivos cuya aplicación hubiese beneficiado al reo. El ejemplo paradigmático es la apreciación de una atenuante. [...] Si no se abriese esa puerta se llegaría, en palabras de la STS 707/2012, de 26 de abril, “a una injusticia manifiesta, contraria a la dignidad humana y al respeto a la persona en el ámbito procesal, porque obligaría al Juez [...] a condenar a una persona más gravemente, estando en una situación de atenuación de su responsabilidad, tan sólo porque su alegación no consta en el acto del juicio, expresa o formalmente aducida por su Abogado defensor”»³².

En línea con lo anterior, el Tribunal Supremo ha sostenido igualmente que la no alegación en la instancia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas no constituye un muro insalvable para su posterior invocación, al tratarse de una atenuante basada en elementos intraprocesales que pueden verificarse sin problema alguno a través de la consulta directa de los autos³³.

En definitiva, una interpretación sistemática de la jurisprudencia del Tribunal Supremo nos conduce a descartar que la afectación del principio de contradicción y de la prohibición de cuestiones nuevas sea un fundamento con el peso suficiente como para negar la apreciación o la cualificación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas *ex post iudicio*.

5.8. Pretendida equiparación entre las dilaciones *ex post iudicio* y las dilaciones en la ejecución de la sentencia

En último lugar, la sentencia ofrece, para rechazar las dilaciones indebidas *ex post iudicio*, un fundamento –cuando menos– llamativo, tratando de equiparar tales dilaciones posteriores al juicio a aquellas que pueden surgir durante la ejecución de la pena; y ello, con la aparente finalidad de justificar que, si estas últimas no son resarcidas, tampoco tendrían por qué serlo las primeras mediante la apreciación de la circunstancia atenuante: «[h]ay dilaciones compensables por esta vía y otras que no lo son», concluye.

Para desarrollar este fundamento, la sentencia plantea, de forma retórica, las siguientes preguntas: «¿no producen los mismos presuntos trastornos en principio los retrasos en la ejecución?; ¿qué razones hay para negar la atenuante a quien ve cómo se posterga, sin razón alguna, la ejecución de la sentencia dictada contra él?; ¿No estaríamos ante una posible causa de revisión: hechos sobrevenidos que determinarían una pena inferior (art. 954 LECrim)?». Seguidamente, da respuesta a las mismas, afirmando que «[l]a afectación del derecho al plazo razonable del proceso es sustancialmente idéntica tanto si se retrasa la sentencia de instancia, como si lo que se retrasa indebidamente en su firmeza como consecuencia de un recurso lentamente tramitado o una ejecución indebidamente demorada. No existen diferencias ontológicas respecto de los retrasos en el comienzo de la ejecución de penas impuestas: son también dilaciones indebidas».

Sin embargo, el fundamento no tiene en cuenta un elemento diferenciador crucial: la existencia de certeza sobre el desenlace del proceso y de la pena. Eliminada la incertidumbre que se cierne sobre el justiciable durante el procedimiento penal, la situación cambia radicalmente en la fase

³² Cfr. Por todas, STS 909/2016, Penal, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2016:5251), FJ. 2.º, p. 10.

³³ Cfr. STS 861/2014, Penal, de 2 de diciembre (ECLI:ES:TS:2014:5630), FJ. 3.º, p. 8.

de ejecución de una sentencia que ya es firme; el condenado ya no sufre la inquietud propia de la eventualidad de si será declarado inocente o culpable, sino que tiene la seguridad de que, antes o después –salvo el improbable supuesto de prescripción de la pena–, tendrá que cumplir con la sanción impuesta, pudiendo adoptar la postura que más le convenga.

Por ello, si bien es cierto que en el procedimiento de ejecución también pudieran producirse dilaciones indebidas, los efectos de las mismas sobre el ya condenado no resultan equiparables a aquellos efectos sufridos durante el proceso penal hasta la firmeza de la sentencia. Sin duda, sí existen notables diferencias ontológicas que impiden otorgar el mismo tratamiento a las dilaciones surgidas durante una fase y otra.

En consecuencia, la no compensación de las dilaciones indebidas surgidas durante la fase de ejecución en modo alguno puede servir como argumento para justificar la no compensación de las dilaciones indebidas surgidas durante el procedimiento penal con posterioridad a la celebración de juicio oral, tal y como sí procede conforme a la literalidad del art. 21.6.^a CP.

6. Conclusión

La sentencia del Tribunal Supremo 1078/2025, Penal, de 29 de enero de 2026 (ECLI:ES:TS:2026:337), es la última de una serie de resoluciones que conforman una línea jurisprudencial contraria a computar las dilaciones indebidas *ex post iudicio* para apreciar o cualificar la circunstancia atenuante. Desafortunadamente, dicha línea jurisprudencial parece ir ganando terreno a la otra línea jurisprudencial que se muestra más partidaria de valorar tales retrasos posteriores al juicio oral.

Ahora bien, conforme a nuestro parecer, los diversos motivos ofrecidos por la sentencia para rechazar las dilaciones indebidas *ex post iudicio* no encuentran una apoyatura firme en el ordenamiento jurídico y, como es obvio, la suma de los mismos tampoco los convierte en un fundamento sólido y conforme a Derecho. Nos encontramos, más bien, ante constructos jurisprudenciales creados *ad hoc* para tratar de justificar la inaplicación de la Ley, dando lugar a una gran inseguridad jurídica y abriendo una peligrosa brecha para la arbitrariedad.

La norma es clara: el art. 21.6.^a CP habla de dilaciones indebidas y extraordinarias «en la tramitación del procedimiento», y por dicho procedimiento se entiende, de forma pacífica, desde la incoación hasta la obtención de una sentencia firme.

Por su parte, el padecimiento y desasosiego del justiciable que está sometido a un procedimiento penal no disminuye tras haber obtenido una primera condena, sino que, muy al contrario, aumenta exponencialmente al advertir que sus opciones de ser absuelto van desapareciendo. Por ello, las dilaciones indebidas generadas durante la tramitación de los recursos resultan tan importantes o más como aquellas que tienen lugar antes del juicio oral, sin que proceda en modo alguno ignorarlas, debiendo ser igualmente compensadas mediante la atenuación de la pena.

El aspecto más delicado de la aplicación de la circunstancia atenuante por dilaciones indebidas *ex post iudicio* es, sin lugar a dudas, la afectación al principio de contradicción y a la prohibición de introducir cuestiones nuevas *per saltum*. No obstante, este óbice debe quedar solventado por el hecho de que las dilaciones indebidas ostentan rango constitucional, erigiéndose como una cuestión de orden público procesal de preeminente naturaleza objetiva –o están, o no están–, de modo que los jueces y tribunales debieran pronunciarse de oficio sobre la aplicación de la

circunstancia atenuante si advierten que tales dilaciones efectivamente han tenido lugar, incluso sin necesidad de su alegación por la defensa. Asimismo, el propio Tribunal Supremo ha defendido la pertinencia de flexibilizar o excepcionar los principios generales en relación con la apreciación de circunstancias atenuantes en segunda instancia o en vía de recurso de casación.

En conclusión, no alcanzamos a ver ningún fundamento conforme a Derecho que verdaderamente desaconseje o impida la valoración de las dilaciones indebidas *ex post iudicio* para la aplicación o cualificación de la circunstancia atenuante. Por ello, estimamos pertinente revisar esta línea jurisprudencial desfavorable y seguir avanzando en aquella línea que es más propensa a admitir el cómputo de los retrasos indebidos tras la celebración del juicio.

Por lo que respecta al concreto supuesto abordado por la STS 1078/2025, Penal, de 29 de enero de 2026 (ECLI:ES:TS:2026:337), estimamos que el Tribunal Supremo sí debió haber acogido la pretensión de la defensa y haber apreciado la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, aplicando la correspondiente rebaja de la pena. Ante el fallo desestimatorio, y dada la ausencia de ulterior recurso, entendemos que lo procedente en este caso sería plantear incidente de nulidad de actuaciones al amparo del art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, eventualmente, posterior demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional, por la vulneración de los derechos fundamentales a un proceso sin dilaciones indebidas y a la tutela judicial efectiva, por la indebida no cualificación de la circunstancia atenuante.

Réquiem por el artículo 324 LECrim

Comentario a la STS (Pleno) 106/2026, de 9 de febrero, con voto particular

Luis Enrique Granados
Maluenda
Luisg@maluenda.eu

-

1. Introducción

Las reformas operadas en los años 2015 y 2020 con el objetivo de reconfigurar el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal atendieron el clamor –todavía vivo– de una sociedad descontenta por la lentitud de los juzgados. Así, un artículo que desde el año 1882 contenía poco más que una declaración de buenas intenciones pasaría a convertirse en un mandato directo al Juez Instructor, a quien se impondría un *límite temporal infranqueable* durante el cual deberían sustanciarse las actuaciones propias de la instrucción¹. Así, desde su primera modificación radical (la que introdujo la Ley 41/2015, de 5 de octubre), el artículo 324 LECrim ha sido una norma incómoda para la Administración de Justicia en España².

En su actual configuración, diseñada por la Ley 2/2020, de 27 de julio, el precepto fija un plazo máximo de doce meses para el desarrollo de la fase de instrucción penal, con la posibilidad de prórroga del mismo, mediante resolución motivada, por períodos iguales o inferiores a seis meses (art. 324.1 LECrim). Expresamente se tienen por válidas las llamadas «diligencias rezagadas», esto es, las acordadas con anterioridad al transcurso del plazo pero practicadas con posterioridad a su finalización (art. 324.2 LECrim). En cuanto a aquellas acordadas una vez transcurrido el plazo, el precepto establece expresamente que *no serán válidas* (art. 324.3 LECrim). Una vez concluido el plazo, el Juez deberá dictar una de las resoluciones que ponen fin a la instrucción, es decir, auto de conclusión del sumario, transformación a procedimiento abreviado o el sobreseimiento que proceda (art. 324.4 LECrim).

El Tribunal Supremo ha delimitado los contornos del precepto, con especial atención a una cuestión muy debatida en la doctrina: la validez de la declaración de la persona investigada

¹ Era clara en este sentido la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, cuando en su Preámbulo advertía que el propósito era establecer «un límite temporal infranqueable en el que el sumario o las diligencias previas hayan de concluir y haya de adoptarse la decisión que proceda, bien la continuación del procedimiento ya en fase intermedia, bien el sobreseimiento de las actuaciones».

² Así, RODRÍGUEZ LAINZ, «Diálogos para el futuro judicial CV. Plazos de instrucción. Diez años del 324 LECrim», *Diario La Ley*, (10800), 2025. «[...] en un momento en el que el reconocimiento de la atenuante de dilaciones indebidas había copado ya buena parte de las necesidades de ponderar esa situación de presión psicológica a la que se sometía al reo, que no veía fin a la investigación contra él, la nueva institución ha enfrentado a los órganos judiciales investigadores a una presión para la que en buena parte no estaban preparados».

acordada extramuros de los lindes establecidos por el art. 324 LECrim. La sentencia de la Excm. Sala Segunda del Tribunal Supremo (Pleno) nº 106/2026 de 9 de febrero, Ponente D. Antonio del Moral García (ECLI:ES:TS:2026:721) ha llevado a cabo una interpretación del precepto que no se compadece con su tenor literal ni con el espíritu que condujo al legislador a acometer una reforma de tanto calado.

La resolución que es objeto del presente comentario realiza un correcto diagnóstico de los problemas, pero, a juicio de quien suscribe, yerra al ofrecer la solución a los mismos, pues las soluciones deberían emanar del legislador y de una correcta asignación de medios materiales a la Administración de Justicia.

De forma resumida, la cuestión que se encomienda a la Sala Segunda es el tratamiento que debe otorgarse a la declaración de un investigado que es llamado intempestivamente al proceso (agotado el plazo de instrucción sin prórroga alguna) por no haber sido identificado como presunto responsable de los hechos durante el transcurso del plazo. La Excm. Sala, al tiempo que reconoce la inobservancia, por parte de los jueces de instrucción, de su obligación de acordar la preceptiva prórroga, despoja a tal incumplimiento del efecto previsto expresamente en la Ley (*no serán válidas*). Asimismo, interpretando *contra legem* el artículo, afirma que el plazo de instrucción establecido en el art. 324 LECrim no arranca hasta una vez identificado el presunto responsable, lo que es contrario a la dicción literal de la norma, que establece el *dies a quo* en el momento de *la incoación de la causa*. Por último, tal razonamiento conduce a la Sala a una conclusión de la que puede vaticinarse una alarmante *vis expansiva*: que la llamada al proceso de un nuevo investigado hacer surgir para éste un nuevo plazo de un año, lo que equivale a afirmar la coexistencia de varios plazos en una misma instrucción. Dicha conclusión puede contribuir a la sobresaturación de los juzgados de instrucción, a la lesión del derecho de defensa de los investigados y, en definitiva, a dilaciones mayores en la tramitación de los procedimientos. Precisamente lo contrario de lo que inspiró el espíritu reformador del legislador de 2015 y 2020.

2. La Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) 106/2026, de 9 de febrero

La Sentencia del Tribunal Supremo 106/2026, de 9 de febrero, de la que fue ponente D. Antonio del Moral García (ECLI:ES:TS:2026:721), resuelve el siguiente caso: en el año 2003, se incoa en un Juzgado de Instrucción de Madrid una causa por la desaparición de una mujer. Dicha causa se sobresee provisionalmente por la inexistencia de datos sobre el paradero de la desaparecida o sobre los hechos que habían motivado la desaparición. Dieciséis años después, en 2019, aparecen unos restos humanos en una localidad de Ávila, lo que motiva la incoación de otras Diligencias Previas en el Juzgado de Instrucción de Ávila. La investigación termina por concluir que los huesos pertenecen a la mujer cuya desaparición se había denunciado en Madrid años atrás. El plazo de instrucción de la causa de Ávila finaliza en julio de 2021 sin que el juzgado haya acordado prórroga alguna. La policía sigue realizando indagaciones y no es hasta septiembre de 2022 cuando se identifica a la entonces pareja de la mujer asesinada como el presunto autor de su muerte. Poco después se le detiene y se le cita a declarar como investigado, todo ello manifiestamente fuera de plazo. Tras la declaración, el juzgado de Ávila se inhibe a favor del de Madrid que había conocido originariamente de la desaparición, el cual reabre sus diligencias previas e inmediatamente las transforma en procedimiento ante el Tribunal del Jurado. El recurrente invoca la nulidad de su declaración por haberse practicado fuera de plazo, pretensión que es desestimada por el Tribunal *a quo* porque aprecia que el procedimiento fue seguido por

los trámites del procedimiento del Tribunal del Jurado, en el que no rigen los plazos del art. 324 LECrim. Se le condena a 14 años de prisión y, en su recurso de casación, reitera su queja.

La sentencia del TS se emite en Pleno, con un voto particular de D. Eduardo Porres Ortiz de Urbina. Analizamos a continuación el pronunciamiento de la mayoría sobre la interpretación del artículo 324 LECrim y la validez de la declaración de investigado acordada fuera de plazo (Fundamentos Jurídicos primero a octavo) y seguidamente el del Magistrado disidente.

2.1. El pronunciamiento del Pleno

El Pleno valida la declaración del investigado que, como se ha dicho, se acordó y practicó más de un año después de la terminación del plazo del artículo 324 LECrim. La base del razonamiento es que efectivamente la declaración se acordó extemporáneamente, porque deberían haberse dispuesto las prórrogas correspondientes tal como establece el precepto, pero que tal irregularidad procesal consistente en la omisión de las debidas prórrogas no causó indefensión a quien luego resultó investigado, porque en aquel momento no ostentaba tal condición y, por ende, no podía ser titular del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, sencillamente porque no estaba sometido a ningún proceso.

Literalmente, afirma que «En las causas en las que no existe, al menos de momento, parte pasiva, rige el art. 324 LECrim. No podemos afirmar a la vista de su literalidad que solo piensa en procesos con, al menos, un investigado. Ahora bien, por definición, no podremos hablar de indefensión del investigado porque no lo hay. Se estará incumpliendo el art. 324 LECrim, pero no se está afectando tal norma de forma tal que exija la rotunda medida que se contempla en su núm. 3 (invalidez de las diligencias intempestivas). Interpretarlo de otra forma sí que supondría pisotear el derecho a la tutela judicial efectiva de las posibles víctimas (respecto de ellas sí podría predicarse en algún supuesto indefensión). Su derecho quedaría sacrificado sin causa relevante en la medida en que no entraría en conflicto con otro derecho fundamental. No hay parte pasiva, con derechos procesales respecto de los que deba efectuarse una ponderación»³.

El pronunciamiento de la Mayoría disculpa al juez instructor por no haber acordado la prórroga y sostiene que «en caso de olvido o descuido, como se advierte que ha sucedido aquí (probablemente porque intuitivamente cualquiera percibe que es muy distinto un proceso penal sin parte pasiva), el efecto no puede ser equiparable a una prescripción del delito que no se había producido. Un plazo procesal quedaría transformado en un plazo sustantivo»⁴.

De acuerdo con el anterior razonamiento, en los citados casos sí existe un incumplimiento censurable del artículo 324 LECrim, pero tal incumplimiento no acarrea la drástica consecuencia de invalidez de la declaración del investigado y por tanto no evita la continuación del procedimiento contra éste, porque de hacerlo resultaría en un daño no deseado a la víctima del delito. En realidad, esta doctrina convierte el alcance del incumplimiento del artículo 324 LECrim en estos casos en puramente declarativo, sin ninguna repercusión práctica, a pesar de lo que prescribe el artículo 324.3 LECrim.

La sentencia contiene un pronunciamiento ciertamente novedoso, diferenciando los efectos del incumplimiento del plazo del art. 324 LECrim en función de si existe investigado o no, negando

³ Cfr. STS 106/2026, Penal (Pleno), de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2026:721), FJ 3º.

⁴ Cfr. STS 106/2026, Penal (Pleno), de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2026:721), FJ 7º.

la aplicación de lo prescrito en el apartado tercero en el segundo caso: «Cuando en la instrucción no hay investigado las consecuencias de la vulneración de los plazos del art. 324 o la omisión del acuerdo de prórroga no pueden ser las mismas: sería contradictorio con la finalidad del precepto. Es más, supondría de facto el establecimiento de unos plazos de prescripción más breves [...]. En estos casos la omisión del acuerdo de prórroga a que obliga el art. 324 LECrim no puede arrastrar esa paradójica y perversa consecuencia [...]»⁵.

El anterior *iter* argumentativo lleva a la Sala Segunda a una revolucionaria conclusión, con consecuencias potencialmente expansivas: que, a pesar de que debe respetarse el plazo computado de acuerdo con la norma que lo establece (art. 324 LECrim), no es hasta que se dirige la causa contra un investigado cuando dicho plazo verdaderamente despliega todos sus efectos frente a dicho investigado. En palabras de la sentencia: «Mientras el eventual responsable penal no esté investigado, no está padeciendo su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas sencillamente porque el proceso es ajeno a él [...]. Cuando aparece un investigado en el proceso penal es cuando operan con toda su potencialidad las consecuencias del incumplimiento del art. 324 LECrim: invalidez de las diligencias acordadas intempestivamente. El proceso cuenta ya con un protagonista, a cuyas espaldas no puede investigarse»⁶.

Resumiendo, la sentencia 106/2026 de 9 de febrero admite que no acordar las prórrogas antes del plazo es en todo caso una irregularidad (también cuando no hay investigado) y que dicha irregularidad es también predicable de la declaración del investigado acordada extemporáneamente, pero establece que, en los casos en que se identifica al presunto responsable después de la expiración del plazo sin prórroga, dicha omisión no llevará aparejada la invalidez de tal diligencia, porque conceptualmente no se ha podido causar indefensión a quien no estaba, hasta entonces, sujeto al proceso. Al contrario, arrancará desde ese momento un nuevo plazo de un año especialmente para el nuevo investigado, durante el cual el traído al proceso podrá solicitar la práctica de las diligencias de investigación que considere en defensa de sus derechos, pues hasta entonces no habrá podido ejercer sus derechos, habiéndose practicado una instrucción a sus espaldas.

Esta misma consideración conduce a la Sala a sostener que, en los casos en que concurren una pluralidad de investigados que son traídos a la causa en momentos distintos, el plazo «original» computado desde el auto de incoación de la causa coexistirá con tantos plazos de instrucción como personas se vayan incorporando al proceso como investigadas. Así lo expresa en su Fundamento Jurídico Séptimo: «Por eso parece lógico -y lo contrario un incomprensible tributo a la *sinrazón*-, entender que la invalidez de las diligencias acordadas fuera del plazo que proclama el art. 324 LECrim no opera cuando desde la adquisición de la condición de investigado (oficial u oficiosamente: el procedimiento se dirige contra una persona determinada) no se ha desbordado ese plazo máximo de un año» [...] «Esta exégesis sirve también para el caso no infrecuente de aparición de nuevos investigados sucesiva o escalonadamente (STS 48/2022, de 20 de enero). En el momento en que el procedimiento se sigue contra una persona y por tanto queda interrumpida la prescripción (art. 132 CP) ha de comenzar el cómputo del año (art. 324 LECrim)»⁷.

⁵ Cfr. STS 106/2026, Penal (Pleno), de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2026:721), FJ 7º.

⁶ Cfr. STS 106/2026, Penal (Pleno), de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2026:721), FJ 7º.

⁷ Cfr. STS 106/2026, Penal (Pleno), de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2026:721), FJ 7º.

2.2. El voto particular

La sentencia, como se ha dicho, cuenta con un voto particular concurrente del Excmo. Sr. D. Eduardo Porres Ortiz de Urbina.

Tres son las razones de la discrepancia del Magistrado disidente: (i) la primera, que propone una interpretación contraria a la literalidad del art. 324 LECrim; (ii) la segunda, que la interpretación realizada no era necesaria para la resolución del caso resuelto en la sentencia, pudiendo haberse llegado a idéntica solución asumiendo los argumentos del Tribunal *a quo* (inaplicabilidad del artículo 324 LECrim en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado); y (iii) la tercera, que la sentencia incurre en una cierta precipitación, al no haberse evaluado las consecuencias prácticas de la doctrina que sienta.

Nos detenemos en el primero y el tercero de los argumentos, que son los que, aunque de forma muy resumida, son más desarrollados por el Magistrado disidente.

En cuanto a la primera de las razones de su disconformidad, el Magistrado apunta que la fijación de un nuevo *dies a quo* del plazo establecido en el art. 324 LECrim no respeta la letra de la ley: «Considero que la Ley de Enjuiciamiento Criminal es clara. El artículo 324 no hace mención literal ni presupone la necesaria existencia de un sujeto pasivo de la investigación. Se refiere únicamente a la “investigación” lo que incluye las que tienen autor conocido y las que no. Parece incuestionable que cuando el precepto dispone que el plazo se inicia “desde la incoación de la causa” se está refiriendo a una situación objetiva muy concreta, la incoación, no la imputación, y debemos suponer que el Legislador era conocedor de que buena parte de las investigaciones criminales se inician sin autor conocido».

Y añade: «Entiendo que el nuevo criterio desdibuja totalmente el diseño normativo del artículo 324. Es habitual que en una investigación aparezcan distintos investigados de forma unitaria o sucesiva. A eso tiende la instrucción, a la identificación de los responsables. Todos ellos han de estar sujetos a una misma investigación con un plazo único y si alguno de ellos no fuere habido lo procedente es sobreseer provisionalmente el procedimiento respecto de él, con suspensión del plazo, y luego acordar su reapertura cuando fuere habido».

El tercero de los argumentos versa sobre las consecuencias que la doctrina que sienta esta sentencia puede tener en el proceso penal. Señala que «El proceso es la herramienta del tribunal y de las partes por lo que la interpretación de las normas que lo regulan debe tener en cuenta su funcionalidad, de forma que se dirija a simplificar la tramitación y, en la medida de lo posible, a no generar nuevos o mayores problemas», advirtiendo que «a partir de esta sentencia será frecuente que en un mismo proceso coexistan varios plazos de terminación diferentes de lo que, sin duda, se constituirá en un problema más de gestión. Por otro lado, no será infrecuente que diligencias practicadas en los nuevos plazos tengan incidencia en la validez y valoración de las diligencias de los investigados cuyo plazo ya ha concluido, de forma que puede darse la paradoja de que en el juicio se plantee la validez de una diligencia para unos y su invalidez para otros». Por último, constata la incongruencia que supone que la aparición de un nuevo investigado permita la práctica de diligencias de investigación en los 12 meses siguientes, preguntándose: «¿por qué razón se abre un nuevo plazo, pero no parece haber posibilidad de prórroga?»

El Magistrado disidente, pese a compartir la problemática que aflora de la aplicación práctica del precepto y que es puesta de manifiesto por la mayoría, considera sin embargo que no debe

suplirse con interpretaciones judiciales *contra legem*, sino con una modificación legislativa y, entre tanto, con la implantación de sistemas de gestión (como sistemas de alerta en los juzgados que adviertan de la proximidad del vencimiento del plazo de instrucción) que faciliten el cumplimiento de la norma.

Adelanto que suscribo el razonamiento del voto particular en todos sus extremos, tal como se desarrolla seguidamente. Para ello, primero se explicará cuál es la teleología y origen del actual art. 324 LECrim, para después hacer una aproximación valorativa al pronunciamiento judicial que nos ocupa.

3. Valoración crítica de la sentencia a la luz del (“nuevo”) artículo 324 LECrim y del espíritu del legislador

3.1. Crónica del artículo 324 de la LECrim. El propósito del legislador de evitar dilaciones indebidas en fase de instrucción.

En su redacción original, el artículo 324 LECrim tan solo contenía una genérica obligación de dación de cuenta si, transcurrido un mes, no se había podido concluir el sumario⁸. No obstante, no existía consecuencia directa asociada al agotamiento del plazo ni al incumplimiento de dicho deber legal del órgano judicial.

Más de un siglo después, tal disposición se reveló ilusoria, pues la creciente saturación de los juzgados amplió exponencialmente la distancia entre el ideal del legislador decimonónico y el día a día del juzgado de instrucción del siglo XXI, hasta tal punto que, inevitablemente, el plazo de un mes establecido en el primigenio artículo 324 LECrim se convirtió en meramente simbólico⁹, y la obligación de dación de cuenta se fue progresivamente disipando hasta su incumplimiento *de facto*¹⁰. Ello dio origen a las dos últimas reformas que, en un lapso temporal de tan solo cinco años, afectaron al artículo 324 LECrim.

La primera, operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, alteró radicalmente el contenido del precepto. Dispuso un plazo máximo de la fase de instrucción de seis meses, o de dieciocho en caso de que el Instructor declarara compleja la causa –la definición legal que se ofrecía del concepto indeterminado *complejidad* no servía a la taxatividad–, con posibilidad, en este último caso, de adopción de prórrogas a instancia del Ministerio Fiscal.

De esta forma, por primera vez se impusieron límites temporales efectivos al órgano instructor, en un momento en que la praxis enseñaba que una fase de instrucción penal podía prolongarse

⁸ El artículo 324 LECrim, en su redacción original, rezaba: «Cuando al mes de haberse incoado un sumario no se hubiere terminado, el Juez dará parte cada semana a los mismos a quienes lo haya dado al principiarse aquél de las causas que hubiesen impedido su conclusión; Con vista de cada uno de estos partes, los Presidentes a quienes se hubiesen remitido y el Tribunal competente acordarán, según sus respectivas atribuciones, lo que consideren oportuno para la más pronta terminación del sumario; Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, los Jueces de instrucción están obligados a dar a los Fiscales de las Audiencias cuantas noticias les pidieren, fuera de estos términos, sobre el estado y adelantos de los sumarios».

⁹ Así fue reconocido por la jurisprudencia. Entre otras, AAP Barcelona 1424/2023, Sección Vigésima, de 20 de diciembre (ECLI:ES:APB:2023:14488A).

¹⁰ El Preámbulo de la Ley 41/2015 calificó el antiguo plazo de un mes como *exiguo e inoperante*.

durante alrededor de dos años de media, y que existían casi un millón de asuntos no resueltos en la jurisdicción penal, de los cuales tres cuartas partes correspondían a la instrucción¹¹.

Sin embargo, la doctrina puso tempranamente de relieve que la redacción del artículo 324 LECrim introducida por la Ley 41/2015 adolecía de ciertas deficiencias de técnica normativa, en la medida en que establecía límites temporales estrictos para la instrucción sin precisar con claridad las consecuencias jurídicas derivadas de su vencimiento, circunstancia que favorecía lecturas formalistas y soluciones dispares difícilmente conciliables con la finalidad constitucional del proceso penal. Los autores críticos con la reforma concluían que el precepto había alterado profundamente la dinámica de la instrucción penal sin una adaptación paralela de los medios materiales ni del diseño estructural del proceso, erosionando la seguridad jurídica y abonando el terreno para una interpretación judicial correctora que, a la postre, acabaría debilitando el modelo originalmente concebido por el legislador¹².

Con la filosofía de corregir los defectos que la práctica había dejado al descubierto, la Ley 2/2020, de 27 de julio, operó una nueva modificación del precepto, que supuso el establecimiento de un nuevo plazo común de un año para todas las instrucciones penales, sin distinción por grado de complejidad, con la posibilidad de prórrogas sucesivas de plazos de seis meses¹³. Asimismo, se introdujo un apartado tercero que pretendía dar respuesta a una cuestión que había sido objeto de debate doctrinal desde la reforma de 2015: qué tratamiento merecen las diligencias acordadas una vez transcurrido el plazo. En dicho apartado, actualmente vigente, se establece: «Si, antes de la finalización del plazo o de alguna de sus prórrogas, el instructor no hubiere dictado la resolución a la que hace referencia el apartado 1, o bien esta fuera revocada por vía de recurso, no serán válidas las diligencias acordadas a partir de dicha fecha». El precepto contribuye a despejar algunas dudas, pero deja todavía abiertas algunas incógnitas que han suscitado un intenso debate en la doctrina y la jurisprudencia.

3.2. Las dos caras del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: el plazo máximo de la instrucción (art. 324 LECrim) y la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6 CP)

La conexión entre el artículo 324 LECrim y el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) es difícilmente cuestionable, pues se reconoce expresamente en la Ley 41/2015¹⁴. La doctrina se ha pronunciado mayoritariamente a favor de dicha vinculación, así como de la estrecha relación con el derecho al plazo razonable del artículo 6.1 del Convenio

¹¹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Memoria anual del Consejo General del Poder Judicial correspondiente al ejercicio 2014*, 2015, esp. apartado II «Datos de la justicia».

¹² CRESPO BARQUERO, *Los efectos del vencimiento de los plazos del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Centro de Estudios Jurídicos, 2016; MOSQUERA BLANCO, «En defensa del artículo 324 LECrim», *Boletín del Ministerio de Justicia*, (2223), 2019.

¹³ RODRÍGUEZ LAINZ, *Diario La Ley*, (10800), 2025, opina que «[...] la pérdida del concepto de complejidad como base para el reconocimiento, incluso ab initio, de mayores plazos iniciales, ha sido un gran error; que pone en riesgo la pervivencia de investigaciones especialmente complejas que hacen que el juzgado ponga toda su atención en darles una adecuada tramitación, antes que de acordarse de dictar un auto que formalmente permita su expansión en el tiempo cuando esté el plazo vigente cerca de vencer».

¹⁴ En su Preámbulo, la Ley 41/2015 de 5 de octubre adelanta que su promulgación viene motivada, entre otros aspectos, por «la necesidad de establecer disposiciones eficaces de agilización de la justicia penal con el fin de evitar dilaciones indebidas».

Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁵.

No obstante, la jurisprudencia constitucional se ha encargado de matizar esta idea, determinando que el incumplimiento de los plazos procesales (como lo es el del art. 324 LECrim) no supone automáticamente una lesión del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (24.2 CE), ni la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6 CP)¹⁶. La propia sentencia que es objeto del presente trabajo profundiza en dicha desconexión para hilar la novedosa doctrina que queda fijada en la misma resolución¹⁷.

Debe repararse en que, pese a beber de la misma fuente (derecho a un proceso sin dilaciones indebidas), la naturaleza del art. 324 LECrim es sensiblemente distinta a la de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas prevista en el art. 21.6 del Código Penal. Ambos preceptos contienen restricciones al *ius puniendi* estatal. El precepto procesal limita temporalmente la adquisición de la prueba incriminatoria en fase de instrucción, pudiendo determinar la imposibilidad de que se abra el juicio oral por insuficiencia de material indiciario. Por su parte, la atenuante no incide en los hechos, sino en la individualización de la pena, por consideración político-criminal de que concurre una disfunción administrativa (tardanza en resolver) que debilita la legitimidad del Estado para castigar al responsable. La doctrina ha sostenido que, en un proceso penal dilatorio se da una praxis punitiva informal contra el imputado que carece de fundamento legal¹⁸ y que, en este marco, el procesado padece una *poena non forensis* –una pena no judicial– que tampoco es natural, sino que ha sido infligida por el Estado por un cauce irregular, por lo que el fundamento de su relevancia jurídica se halla en que vulnera la «prohibición de exceso»¹⁹, que el propio Estado corrige, con la circunstancia atenuante, rebajando su potestad de castigo por una cuestión de equidad.

Ambas figuras comparten como fundamento la determinación del legislador de limitar el *ius puniendi* del Estado mediante mecanismos de corrección de dilaciones procedimentales que inciden negativamente en el justiciable y, de un modo especial, en la libertad, la fama o crédito del encausado.

Sin embargo, mientras que la atenuante de dilaciones indebidas opera como un mecanismo de corrección *ex post* de las consecuencias de una dilación extraordinaria sufrida durante el proceso,

¹⁵ Las distintas posturas doctrinales sobre este extremo se recogen de forma sintética en GUTIÉRREZ AZANZA, «La declaración del investigado fuera de plazo y sus consecuencias, a la luz de la STS 106/2026 del Pleno, de 9 de febrero», *Diario La Ley*, (10901), 2026.

¹⁶ Cfr. SSTC (Sala 2ª) 142/2010, de 21 de diciembre (BOE núm. 16, de 19 de enero de 2011); 89/2014, de 9 de junio (BOE núm. 162, de 04 de julio de 2014); 99/2014, de 23 de junio (BOE núm. 177, de 22 de julio de 2014); 74/2015, de 27 de abril (BOE núm. 136, de 08 de junio de 2015); 63/2016, de 11 de abril (BOE núm. 122, de 20 de mayo de 2016); 103/2016, de 6 de junio (BOE núm. 170, de 15 de julio de 2016). En dicha línea se pronuncia también GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, «A vueltas con la limitación temporal de la fase de instrucción en los procesos penales: el nuevo artículo 324 LECrim», *InDret*, (1), 2021, p. 417.

¹⁷ Cfr. STS 106/2026, Penal (Pleno), de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2026:721), FJ 1º y 6º: «Es clara la conexión con el ideal de un proceso enmarcado en un plazo razonable, es decir, por usar la terminología constitucional, sin dilaciones indebidas. Ahora bien, esa relación no es esencial, sino de pura instrumentalidad. No constituye el art. 324 LECrim un desarrollo legal del art. 24.2 CE en ese aspecto; ni siquiera un desarrollo parcial o fragmentario. Ni toda vulneración de las reglas o los tiempos del art. 324 supone una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas».

¹⁸ SCHROTH, «Das Kompensationsprinzip als Begrenzung des staatlichen Strafanspruchs», en JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (eds.), *Recht und Moral*, 1991.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte General*, 2025, cap. 28.

el art. 324 LECrim es un medio de prevención *in actu*, una herramienta dispuesta por el legislador para la evitación de dicha lesión del derecho constitucional. Por otro lado, mientras la atenuante de dilaciones indebidas sólo redunda en beneficio de una de las partes (la parte pasiva del proceso penal), el plazo procesal del art. 324 LECrim está destinado a proteger a todas las partes (también a la víctima). Por último, la apreciación de dilaciones indebidas a efectos de la rebaja punitiva depende de su apreciación judicial ante una casuística infinita²⁰, aunque la decisión deba ajustarse a los criterios que, con cierta vocación objetivadora, han fijado tanto el Tribunal Supremo como algunas Audiencias Provinciales²¹ y juntas de jueces. En cambio, el plazo del art. 324 LECrim está definido por la Ley y opera como un mandato directo al juez instructor.

La diferencia más importante, que es en definitiva la que determina la trascendencia del actual artículo 324 LECrim, es que, si bien la atenuante de dilaciones indebidas puede apreciarse por concurrencia de dilaciones extraordinarias en la fase de instrucción, corresponde su aplicación al Tribunal sentenciador. Esta desconexión entre el momento en que se produce el retraso y aquél en que dicho retraso se traduce en una consecuencia jurídica –y sobre todo la falta de identidad entre el órgano “infractor” y el órgano “corrector”– implica que la atenuante del art. 21.6 CP no sirve de estímulo suficiente al Juez instructor para agilizar el procedimiento. En cambio, el art. 324 LECrim sí es un incentivo, por la objetivación de la dilación, el establecimiento de un mandato al instructor y la atribución de una consecuencia a la contravención de dicho mandato.

3.3. El discutido tratamiento de las diligencias acordadas fuera de plazo y, en particular, la declaración del investigado. Pronunciamientos previos del Tribunal Supremo.

La discusión principal ha girado en torno a la validez y el valor probatorio de la declaración de la persona investigada acordada una vez transcurrido el plazo. La particularidad de estos casos reside en la doble naturaleza de la declaración del investigado. Por un lado, es una diligencia ineludible, sin la cual no puede darse clausurarse la instrucción²². Por otro, es una garantía del investigado, pues es el acto formal emanado del Tribunal instructor en el cual se despliegan todos los derechos del artículo 118 LECrim (derechos asociados a la posición de investigado), a partir

²⁰ En este sentido se pronuncia el ATS 1782/2014, Penal, de 6 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:9398A): «El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes [...] Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama (SSTS 479/2009, 30 de abril y 755/2008, 26 de noviembre)».

²¹ Vid., por todas, STS 586/2014, Penal, de 23 de julio (ECLI:ES:TS:2014:3085), en la que se contiene el criterio de que la atenuante es el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de criterios objetivos tales como la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés arriesgado, la conducta procesal de quien pretende la atenuación. Existen acuerdos no jurisdiccionales que contribuyen a la objetivación de la atenuante. Así, por ejemplo, el Acuerdo de la Audiencia Provincial de Barcelona, que establece unos límites temporales mínimos a partir de los cuales debe considerarse la dilación *indebida* (18 meses de paralización para la atenuante simple y 3 años de paralización para la muy cualificada).

²² Artículo 779.1.4º LECrim: «Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775».

del cual el investigado puede participar generalmente de forma activa en la instrucción en defensa de sus derechos.²³

La Excma. Sala Segunda ha ido construyendo en los últimos años la línea interpretativa para completar la aplicación del precepto en estos supuestos. Puede afirmarse que la postura del Tribunal Supremo ha sido hasta ahora respetuosa con la literalidad del precepto y con los derechos fundamentales en juego (principalmente, derecho de defensa y derecho a un proceso sin dilaciones indebidas).

En primer lugar, el TS reconoce la doble naturaleza de la declaración del investigado y señala que hay «una sólida justificación de orden constitucional que obliga a que esa declaración se realice en la fase de instrucción y, siempre que sea posible, desde el mismo momento en que se aprecien indicios de la participación criminal del investigado», pues, de lo contrario, «hay un riesgo cierto de lesión del derecho de defensa, en cuanto no cabe una instrucción sin contradicción y realizada de espaldas o al margen del investigado, que tiene derecho no sólo a conocer la imputación, sino a intervenir en la instrucción ofreciendo su versión de descargo y solicitando, en su caso, la práctica de las diligencias oportunas»²⁴.

Sin embargo, más allá de este principio general, la Sala Segunda se ha pronunciado en ciertos casos particulares en los que, pese a haberse acordado la declaración del investigado fuera del plazo previsto de conformidad con el art. 324 LECrim, se ha admitido su validez, por constatarse que el derecho de defensa del investigado no se había visto comprometido durante el plazo de instrucción. Así, por ejemplo, se ha aceptado la práctica extemporánea de tan esencial diligencia en el caso del investigado fugado que se opone a la extradición, dilatando su entrega y consiguiente declaración²⁵, en el caso de la práctica tardía de la indagatoria del procesado que ya declaró en fase de instrucción como investigado²⁶, o la del investigado que estuvo comparecido durante la fase de instrucción, pero cuya declaración, acordada inicialmente en plazo, se suspendió, volviéndose a señalar y practicándose finalmente una vez transcurrido el plazo²⁷.

La sentencia que es objeto del presente análisis menciona todos los anteriores supuestos, sentando que «cuando se ha propiciado indefensión por practicarse toda la instrucción a sus espaldas y sin su participación, la deficiencia será insubsanable. Pero cuando no es así y tuvo conocimiento oficial de la investigación y posibilidades plenas de defensa y participación [...] es improcedente la incomprensible salida de una caducidad que aborta el procedimiento y el enjuiciamiento. El incumplimiento del plazo solo debe producir la imposibilidad de aprovechar el material extemporáneo (su propia declaración) en lo que tenga de inculpatório para la decisión sobre el juicio de acusación (procesamiento o auto de prosecución) (vid. STS 836/2021, de 3 de noviembre)».

²³ Así lo ha considerado el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC (Sala Primera) 128/1993, de 19 de abril (BOE núm. 124, de 25 de mayo de 1993).

²⁴ Cfr. STS 176/2023, Penal, de 13 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1841).

²⁵ Cfr. STS 728/2024, Penal, de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2024:4286).

²⁶ Cfr. STS 1144/2024, Penal, de 12 de diciembre (ECLI:ES:TS:2024:6255).

²⁷ Cfr. STS 747/2024, Penal, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2024:4260): «[...] en este supuesto, la inculpación de la recurrente se hizo en tiempo procesalmente hábil (aún por un juzgado que no asumió finalmente la investigación) y lo que resultó intempestiva fue la declaración [...] En el presente supuesto, una contemplación global del procedimiento permite rechazar que se produjera un llamamiento sorpresivo de la encausada o que careciera de la posibilidad de participar defensivamente en la instrucción».

En resumen, lo que, a juicio del Alto Tribunal, debe valorarse en los casos límite como los expuestos es si, pese a haberse acordado fuera de plazo, el investigado conocía oficialmente la investigación y tuvo la posibilidad efectiva de ejercer su derecho de defensa. Sin embargo, como se verá, el supuesto que dio origen al pronunciamiento no es asimilable a los anteriores, pese a lo cual el TS nuevamente bendice la recepción intempestiva de la declaración del investigado, abriendo una nueva vía de incorporación de diligencias extemporáneas que, a juicio de quien suscribe, se aleja peligrosamente del espíritu del legislador.

3.4. Cuando el aplicador de la Ley no está de acuerdo con la Ley. Interpretación *contra legem* del artículo 324 LECrim.

Como bien advierte el Magistrado emisor del voto particular, el artículo 324 LECrim es claro cuando establece que la investigación judicial se desarrollará en un plazo máximo de doce meses *desde la incoación de la causa*.

Nótese que, en su versión inmediatamente anterior (la que estuvo en vigor desde 2015 hasta 2020), el precepto decía *desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas*. El legislador de 2020 pudo cambiar la redacción para matizar el *dies a quo* del plazo, estableciendo, por ejemplo, que el plazo se computaría *desde la identificación del culpable*, o *desde que el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito*, como hace el artículo 132.2 del Código Penal²⁸ al establecer el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción del delito. Sin embargo, no lo hizo y, en su lugar, decidió fijar el inicio del cómputo en el momento de *la incoación de la causa*.

La literalidad del precepto y la inequívoca opción del legislador por establecer el *dies a quo* en una fecha objetiva vinculada al proceso y no al procesado (o procesados) deja poco margen a la creatividad hermenéutica. No debe olvidarse que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 299 LECrim, la instrucción tiene como fin la averiguación de los delitos y la culpabilidad de los delincuentes. Negar la efectividad del plazo de instrucción (que ha de correr desde la *incoación de la causa*) durante el tiempo en que la investigación todavía no ha podido individualizar a la(s) persona(s) responsable(s) equivale a sostener que la instrucción no ha comenzado porque no hay un presunto autor. Dicha tesis desconoce que las diligencias tendentes a la determinación de los presuntos responsables forman parte esencial del sumario (según definición del art. 299 LECrim) y que existen multitud de causas abiertas precisamente con el fin de individualizar y localizar al presunto autor (para los casos en que la investigación no logra sus frutos, está previsto el sobreseimiento provisional del artículo 641.2 LECrim).

Causa solo hay una²⁹. La propia resolución reconoce que, incluso en el caso de pluralidad de varios investigados, la *solución canónica* es activar la prórroga que habilita el legislador. Sin embargo, anula los efectos previstos legalmente para el incumplimiento de dicha obligación de

²⁸ Art. 132.2 del Código Penal: «La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito».

²⁹ Un matiz es preciso: en los casos en que la llamada de nuevos investigados suponga el desglose e incoación de una pieza separada, la jurisprudencia ya ha previsto que el contador del plazo del art. 324 LECrim se pone a cero, precisamente por la desconexión de los hechos nuevos con los iniciales, que justifica la apertura de una nueva investigación (en este sentido, vid. SSTs 48/2022, Penal, de 20 de enero [ECLI:ES:TS:2022:143] y 455/2021, Penal, de 27 de mayo [ECLI:ES:TS:2021:2267]). Formalmente, en estos casos sí que se incoa una nueva causa. Pero no es ese el caso que trata la sentencia objeto del presente comentario.

acordar la prórroga. Ello nos hace preguntarnos: ¿a qué debe atenerse el órgano instructor? ¿a lo *canónico* o a lo legal?

Una constante equidistancia sobrevuela el argumentario de la sentencia: se asume que lo correcto (lo *canónico*) es acordar la prórroga, al tiempo que se matiza que no hacerlo no tiene las consecuencias previstas legalmente cuando no exista, todavía, una persona investigada. Tal razonamiento desconoce que una norma cobra sentido cuando su incumplimiento tiene asociadas unas consecuencias jurídicas. Si despojamos a la obligación prevista en el art. 324.2 LECrim de la única consecuencia que la Ley atribuye a su incumplimiento (la invalidez de las diligencias acordadas fuera de plazo, de acuerdo con el art. 324.3 LECrim), estamos en realidad vaciando de contenido dicha norma³⁰. Se vuelve, de esta forma, a la configuración del plazo como simbólico.

La Sala funda su decisión en que, si se predicara la invalidez de la declaración de un investigado llamado tardíamente al proceso, se estaría transformando un plazo procesal en sustantivo, ya que no podría dirigirse la causa contra dicho investigado desde el agotamiento del plazo, produciéndose *de facto* el efecto de prescripción del delito (extinción de la responsabilidad criminal por transcurso del tiempo), algo que la Sala considera que no es admisible.

La problemática puesta de relieve por el TS no es menor. Imagínese, por ejemplo, la comisión de un asesinato, con un plazo de prescripción de 20 años. La causa se inicia inmediatamente tras la comisión del delito, pero sin autor conocido. No se dicta el procedente auto de sobreseimiento provisional del artículo 641.2 LECrim, ni tampoco auto prorrogando la instrucción, de tal forma que transcurre el año y, meses después, se identifica al presunto autor y se le cita a declarar como investigado. Si prescindimos de algunas particularidades, se reparará en que el supuesto ahora planteado es esencialmente igual que el que se encomendó en casación a la Sala Segunda en el caso que aquí comentamos. Si no es acudiendo a una forzada exégesis del precepto (como la que ahora propone el TS), resulta inviable tomar declaración al investigado. Ello provoca que, poco más de un año después de la comisión del delito, el procedimiento se aborte por imposibilidad (ex art. 324.3 LECrim) de practicar la declaración del investigado, diligencia sin la cual no puede darse paso al juicio oral. A resultas de ello, un delito al que le quedan 19 años para prescribir deviene imperseguible por efecto de una norma procesal. El sistema parece anteponer el derecho del investigado a un proceso sin dilaciones indebidas al derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima. La norma pretende servir de estímulo a la agilidad de la Administración de Justicia (o de sanción a la lentitud), pero quien está padeciendo en última instancia las consecuencias es la víctima del delito.

La disfunción es innegable. Pero la cuestión clave es si corresponde al Poder Judicial subsanarla, con recurso a interpretaciones poco avenidas con la literalidad de la ley, o si, por el contrario, se trata de un desajuste que debe ser corregido por el legislador.

Mi postura, sin duda, se inclina hacia esta segunda opción. El aplicador de la norma no puede erigirse en legislador, desbordando el tenor literal de la ley que opera como límite a la labor

³⁰ En este sentido, Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. por Vernengo, UNAM, 2009, especialmente cap. I y III, con referencias constantes al derecho como orden coactivo de la conducta humana y a la motivación indirecta del individuo a través del derecho, por la representación del acto coactivo que debe seguir a una conducta contraria a la norma.

interpretativa del Juez³¹. La doctrina, al tiempo que ha reconocido la posibilidad de reducción teleológica como medio interpretativo, ha señalado que el tenor literal de los textos legales se erige en límite a la labor hermenéutica de los llamados a aplicarlos³².

Ante la claridad de la norma, que establece sin género de dudas el *dies a quo* del plazo de instrucción en el momento de la *incoación de la causa*, el Juez está fuertemente limitado, no pudiendo anteponer principios de justicia material para sustituir la voluntad del legislador. Al Juez corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. El artículo 117.4 de la Constitución, como manifestación constitucional del principio democrático de separación de poderes, deja claro que «Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho». En conclusión, puede afirmarse que no correspondía al Tribunal Supremo arrogarse la función propia del poder legislativo para subsanar los efectos disfuncionales de una norma procesal cuya aplicación está desvelando la creación de espacios no queridos de impunidad en delitos graves.

3.5. La eventual *vis expansiva* de la doctrina fijada por la Sentencia. Especial énfasis en los supuestos de pluralidad de investigados

Como se ha señalado, la sentencia 106/2026 afirma que el plazo establecido en el 324 LECrim no iniciará realmente su cómputo hasta el llamamiento a la persona afectada como investigada.

La anterior declaración ha llevado a la doctrina a afirmar que «Podría decirse que esta línea interpretativa, en el fondo, viene a establecer un “doble plazo” de instrucción: por una parte, el previsto en el artículo 324; por otra parte, el que se inicia cuando se determina la posible autoría de los hechos. Lo usual será que ese *dies a quo* coincida, pero son imaginables muchos supuestos en los que no»³³. De hecho, nada impide ir más allá y sostener que no sólo cabe imaginar un *doble plazo*, sino una forzada sincronía de múltiples plazos de instrucción, uno por cada investigado que se incorpore al proceso durante su tramitación. Como bien expresa el voto particular, la sentencia no mide las consecuencias que puede tener dicha doctrina en otros casos futuros. El voto particular enuncia algunas de ellas. Aquí tratamos de desarrollarlas y añadir nuevas dudas que surgen de esta transformadora interpretación del art. 324 LECrim.

³¹ Cfr. STS 169/2023, Sala de lo Social, de 2 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:783), sobre la función del Juez: «Su función es la aplicación e interpretación de la norma, pero no la creación del derecho. La intervención en el ordenamiento jurídico que exige una pretensión como la que se sostiene en el presente procedimiento sólo le corresponde al legislador, sin que la misma pueda ser suplida a través de resoluciones judiciales que vayan más allá de sus propias funciones jurisdiccionales».

³² SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte General*, 2025, pp. 453 ss. El autor considera que «el límite de la reducción teleológica es aquella interpretación que tiene efectos derogatorios de un precepto legal determinado –la *interpretatio abrogans*–. En efecto, esta contraviene el principio de conservación de los preceptos que, en definitiva, debe reconducirse precisamente a la racionalidad y a la voluntad de la ley. Si existe un texto legal vigente, este tiene que desempeñar una función en el sistema jurídico, incluidas en este las construcciones dogmáticas. Por lo tanto, una construcción jurídico-dogmática *de lege lata* que conlleva privar de sentido a una disposición legal es incorrecta». En la misma obra (Cap. 4, pp.338 ss.) SILVA SÁNCHEZ critica que «si el legislador penal adopta una determinada posición de modo claro –por ejemplo, definiendo un término legal o estableciendo determinadas reglas de aplicación de las leyes–, con ello vincula a los órganos judiciales. Esto significa que no es posible que el órgano judicial ignore lo que señala, adoptando un pronunciamiento *contra legem*, o sirviéndose de una analogía *in malam partem*». Por último, en SILVA SÁNCHEZ, «La tradición de los juristas y la interpretación de las leyes», en DEL LLANO/SANTOS ARNAIZ (coords.), *Una filosofía del Derecho en acción. LH Andrés Ollero*, 2015, pp. 1589-1602, el mismo autor se posiciona a favor de la interpretación teleológica, pero con límites. Señala que lo relevante para la correcta interpretación de la ley (tanto de su *telos* como de su tenor literal) es la tradición jurídica.

³³ GUTIÉRREZ AZANZA, *Diario La Ley*, (10901), 2026.

Este es un pronunciamiento ciertamente novedoso y de notable relevancia por su previsible efecto reflejo. Si bien el caso tratado por esta sentencia es algo más complejo de lo habitual, lo que desde luego no es infrecuente es que un proceso penal no cuente con autor conocido durante meses o años, así como que, durante la tramitación del procedimiento, aparezcan nuevos presuntos responsables y se amplíe por tanto el ámbito subjetivo de la investigación judicial. A estos casos les va a resultar de aplicación la doctrina sentada por la Sala Segunda en la sentencia 106/2026.

Partamos, para una mejor comprensión de las posibles problemáticas, de un caso «tipo»: una causa se incoa inicialmente teniendo un único investigado. Durante el transcurso de la instrucción se suman nuevos investigados. El plazo del primer investigado se da por concluido, pero se siguen practicando diligencias, dado que se han abierto, para cada uno de los nuevos investigados, sendos plazos individuales, de conformidad con lo habilitado por la doctrina de la sentencia 106/2026. El investigado inicial verá que la causa se sigue tramitando a los solos efectos de determinación de las responsabilidades de los nuevos investigados (porque su plazo ya está agotado).

Ahora bien, cabe plantearse, en primer lugar, si la coexistencia de plazos puede comprometer las posibilidades defensivas del primer investigado, dado que, si se acogiera una rigurosa interpretación *secundum legem*, el plazo debería darse por concluido una vez transcurrido un año desde la incoación de la causa y, en cambio, la generosa interpretación que se da ahora al precepto permite una ampliación del ámbito temporal de la instrucción en un gran número de casos.

Cierto es que la propia sentencia rechaza la posibilidad de que se extraigan elementos inculpatórios del material obtenido fuera de plazo, que puedan servir de base para la prosecución del procedimiento hacia el juicio oral. No ocurre lo mismo, matiza la Sala Segunda, con los elementos exculpatórios³⁴.

Aplicando este planteamiento a una causa con varios investigados que van incorporándose al proceso de forma sucesiva, puede sostenerse que todas aquellas diligencias practicadas válidamente por encontrarse dentro del plazo asignado a los “nuevos” investigados, pero que se sitúan temporalmente fuera del plazo que afecta al investigado inicial, no pueden servir de base inculpatória para continuar el procedimiento contra dicho investigado. Pero su *inutilizabilidad* es relativa³⁵ (limitada a dicho momento procesal concreto), sin que nada impida que puedan ser valoradas en juicio. Ello sitúa al investigado inicial en una posición de mayor indefensión en el juicio, pues nada impide que dichas diligencias sirvan de prueba inculpatória en su contra. Podría objetarse que las pruebas que se practican en el juicio pueden ser aportadas en cualquier

³⁴ STS 106/2026, Penal (Pleno), de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2026:721), FJ 3º: «La declaración tardía del investigado, cuando su función de garantía ya está plenamente salvaguardada y preservada no supondrá el descarrilamiento del procedimiento, sino tan solo la imposibilidad de extraer de ella en ese momento (no ya en el juicio oral) elementos inculpatórios (otra cosa son los exculpatórios, lo que, aprovechemos para consignarlo, es consecuencia del necesario tratamiento diferenciado que ha de darse a las diligencias exculpatórias que llegan vencido el plazo)».

³⁵ Así se declara en la STS 1144/2024, Penal, de 12 de diciembre (ECLI:ES:TS:2024:6255), que aclara que el efecto de la intempestividad es la irregularidad pero no la ilicitud predicable de la prueba que afecta a derechos fundamentales y que es nula ex. Art. 11 LOPJ. «La consecuencia más destacada es que la prohibición de utilización se convierte en relativa, circunscrita, por tanto, al momento y a los efectos fijados por la norma y sin efectos reflejos. La intempestividad de las diligencias no contamina de ilicitud constitucional a las informaciones sumariales reportadas irregularmente al proceso».

momento anterior a éste, de acuerdo con la doctrina del TS en este sentido³⁶. Pero no se negará que, ensanchando el proceso, se amplían las posibilidades de prueba, lo que efectivamente puede redundar en perjuicio de ese investigado inicial.

Por otro lado, pese a la nula virtualidad de dichas diligencias a efectos incriminatorios, se vislumbra igualmente un riesgo para el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas de ese primer investigado. Es posible sostener que, aunque el procedimiento avance, lo está haciendo sólo para la determinación de las responsabilidades de los nuevos investigados, pudiendo en consecuencia computarse todo el tiempo transcurrido tras el agotamiento del primer plazo de instrucción como una dilación indebida a efectos de la aplicación, en fase de juicio, de la circunstancia atenuante del art. 21.6 CP.

Por último, la convivencia de múltiples plazos de instrucción no contribuye a la seguridad jurídica, manifestación del principio de legalidad (art. 9.3 CE) y preludia un escenario más que probable de descontrol administrativo. No debe olvidarse que, si han corrido ríos de tinta tanto en la doctrina como en la jurisprudencia para perfilar y delimitar el alcance del artículo 324 LECrim, es porque los órganos instructores olvidan a menudo prorrogar el plazo. Si, existiendo un único plazo de instrucción, no es infrecuente el *despiste*³⁷ del Juez o de su oficina, parece razonable esperar que la doctrina sentada ahora por la Sala Segunda, que permite la apertura de tantos plazos como investigados se vayan sumando a la causa, no va a contribuir a una mejor organización de la oficina judicial, sino al afloramiento de nuevos problemas. Si no existe, como apunta la sentencia que comentamos, un sistema eficaz y unificado de alertas que evite la expiración inadvertida de un plazo, el nuevo escenario añade carga de trabajo a una ya saturada oficina judicial, lo que probablemente conducirá a una delegación, por parte de los Juzgados, de la iniciativa de las prórrogas a las partes acusadoras.

3.6. De la condescendencia del Tribunal Supremo con las deficiencias legislativas y judiciales.

La aquí comentada STS 106/2026 reconoce que «Sobra recordar que lo ortodoxo y a lo que debe ajustarse la actuación del instructor es al respeto a ese plazo de doce meses concentrando en él la actividad de investigación y, si no fue posible, a hacerlo constar motivadamente estableciendo la correspondiente prórroga».

Sin embargo, al mismo tiempo, descarga de responsabilidad a los jueces instructores por el incumplimiento de dicho deber legal, aludiendo a que «el cúmulo de trabajo que pesa sobre algunos juzgados (...) puede propiciar esos despistes, lo que podría atajarse con un adecuado y sencillo sistema de alertas»³⁸.

La aplicación judicial del artículo 324 LECrim desde su primera reforma integral en 2015 ha estado marcada por una reticencia general, algunas de cuyas manifestaciones han sido

³⁶ Son exponentes de esta doctrina las SSTs 802/2022, Penal, de 6 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3657), 345/2013, Penal, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2086), y la más reciente STS 676/2025, Penal, de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2025:3775). Se permite la aportación de prueba con posterioridad a la presentación de escritos de calificación provisional e incluso al inicio del juicio, siempre que esté justificada de forma razonada, no suponga un fraude procesal y no constituya un obstáculo a los principios de contradicción e igualdad en garantía de la interdicción de indefensión.

³⁷ Así lo califica la sentencia objeto del presente comentario.

³⁸ Cfr. STS 106/2026, Penal (Pleno), de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2026:721), FJ 3º.

motivaciones genéricas de los motivos para prorrogar el plazo, el dictado de autos de sobreseimiento provisional fraudulentos con el único objetivo de paralizar plazos mientras se realizan actuaciones de naturaleza instructora, o la apertura de piezas separadas para habilitar nuevos plazos de instrucción³⁹. La jurisprudencia se ha mostrado contraria a algunas de estas fórmulas de sortear el cumplimiento de los plazos procesales. Sin embargo, la nueva doctrina que emana de la STS 106/2026, al tiempo que recuerda la obligación de los jueces de cumplir con el precepto, trivializa y justifica su incumplimiento, dispensando sus efectos.

Si el nuevo artículo 324 LECrim se desmarcaba de la redacción original por atribuir consecuencias al incumplimiento de los plazos, dotándolo, pues, de una efectividad material de la que hasta entonces carecía, la jurisprudencia ha ido erosionando progresivamente dichos efectos previstos en la norma, despojándola de su factor diferencial respecto a la regulación decimonónica. La tolerancia con los juzgados de instrucción que late en este pronunciamiento de la Excm. Sala Segunda, justificando lo que reconoce como un incumplimiento de una norma procesal y exonerando de toda consecuencia jurídica a tal infracción, supone una regresión *de facto* hacia la añeja concepción del plazo como simbólico. La sentencia del TS 106/2026 desdibuja una norma procesal que se reformó integralmente hace ya diez años con el fin de terminar con el lastre de la lentitud en la tramitación de las instrucciones penales.

Considero que ello es contrario a la doctrina que, en referencia a la posible apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas, ha sentado el Tribunal Constitucional, y que creo plenamente aplicable al grado de exigencia que debería trasladarse tanto al legislador como al Juez llamado a cumplir con lo dispuesto actualmente en el artículo 324 LECrim. Declara el TC que «el elevado número de asuntos de que conozca el órgano jurisdiccional ante el que se tramitaba el pleito no legitima el retraso en resolver, ni todo ello limita el derecho fundamental de los ciudadanos para reaccionar frente a tal retraso, puesto que no es posible restringir el alcance y contenido de ese derecho (dado el lugar que la recta y eficaz Administración de Justicia ocupa en una sociedad democrática) en función de circunstancias ajenas a los afectados por las dilaciones. Por el contrario es exigible que Jueces y Tribunales cumplan su función jurisdiccional, garantizando la libertad, la justicia y la seguridad, con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, lo que lleva implícita la necesidad de que el Estado provea la dotación a los órganos judiciales de los medios personales y materiales precisos para el correcto desarrollo de las funciones que el Ordenamiento les encomienda (STC 180/1996, de 16 de noviembre, FJ 4). En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reafirmado que el art. 6.1 CEDH obliga a los Estados contratantes a organizar su sistema judicial de tal forma que sus Tribunales puedan cumplir cada una de sus exigencias, en particular la del derecho a obtener una decisión definitiva dentro de un plazo razonable (STEDH de 11 de marzo de 2004, caso *Lenaerts contra Bélgica*, § 18)»⁴⁰.

La decisión que se adopta en la sentencia era, tal vez, la única salida que tenía la Sala Segunda para evitar la impunidad de un hombre que había sido declarado culpable de un delito de

³⁹ PIÑA ALONSO, «Diálogos para el futuro judicial CV. Plazos de instrucción. Diez años del 324 LECrim», *Diario La Ley*, (10800), 2025, se ha mostrado crítico con las reformas operadas en el artículo porque «[...] Un sistema de plazo que admite múltiples prorrogas, se convierte en un sistema donde la mayor preocupación es prorrogar el plazo antes de que venza, encontrando siempre una justificación para hacerlo. Se ha pervertido el sistema, de modo que, de la diligencia en la práctica de las actuaciones, se ha pasado a la prórroga del plazo de instrucción».

⁴⁰ Cfr. STC (Sala 2ª) 142/2010, de 21 de diciembre (BOE núm. 16, de 19 de enero de 2011), con cita de otras tantas en idéntico sentido.

asesinato contra su pareja, a la que después había descuartizado. Pero considero obligado un ejercicio de abstracción para poder resolver dos interrogantes desde un plano objetivo.

La primera pregunta que cabe hacerse es: ¿le corresponde al Juez suplir una deficiencia legislativa, o una inobservancia de la norma por el Juez, para evitar la impunidad de un asesinato? La respuesta, entiendo, debería ser negativa. Las lagunas que deja la Ley a su paso por los Tribunales que la aplican pueden y deben ser el motor de reformas legislativas. Por su parte, las omisiones de los jueces que sean imputables a una carencia de medios materiales deberían poder ser fácilmente corregidas por la Administración de Justicia (en el caso que nos ocupa, bastaría con un sistema tecnológico de alertas automáticas con antelación suficiente a la expiración de los plazos). Y, por último, las infracciones de los órganos judiciales por desatención del procedimiento deberían ser corregidas a través del régimen disciplinario previsto en el artículo 414 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No corresponde al Poder Judicial ninguna de las funciones correctoras mencionadas.

Y la segunda pregunta: en caso de que el delito fuera, por ejemplo, un hurto, en lugar de un asesinato con posterior descuartizamiento, ¿el TS también habría tensado la interpretación del art. 324 LECrim, alcanzando la misma alambicada solución? Resulta tentador pensar que la respuesta al anterior interrogante es negativa. Sin embargo, lo cierto es que el Tribunal Supremo no parece haberse movido sólo por el propósito de evitar la impunidad de un asesinato, pues de lo contrario no se habría elevado la votación al Pleno. Al contrario, parece que el TS ha ambicionado sentar doctrina y sólo un Magistrado se ha posicionado en contra de tan forzada exégesis del artículo 324 LECrim. Ante tan abrumadora mayoría del Pleno de la Sala Segunda, la doctrina que ha sentado en la STS 106/2026 muy probablemente ha venido para quedarse. Puede, pues, afirmarse que el art. 324 LECrim, tal como lo concibieron los legisladores de 2015 y 2020, está herido de muerte.

Recensiones:

Recensión a Leandro DIAS, *Exceso en la legítima defensa. Fundamento y límites*, Hammurabi, Buenos Aires, 2025, 311 páginas, por Tomás FERNÁNDEZ FIKS

Recensión a José Manuel RÍOS CORBACHO, *Penas privativas de derechos y trabajo en beneficio de la comunidad: Una pena con futuro*, Dykinson, Madrid, 2025, 368 páginas, por Luis ROCA DE AGAPITO

Recensión a María Belén SÁNCHEZ DOMINGO, *El tipo de injusto del delito de abandono del lugar del accidente*, Dykinson, Madrid, 2024, 281 páginas, por Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ

Rélicas:

Réplica a la Recensión de Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ a *Los medios del derecho penal. Política, castigo y discurso penal en la era digital*, Trotta, Madrid, 2025, 429 páginas (*InDret* 1.2026), por Javier CIGÜELA SOLA

-

InDret

2.2026

Leandro Dias, Exceso en la legítima defensa. Fundamento y límites, Hammurabi, Buenos Aires, 2025, 311 páginas

Tomás Fernández Fiks
Universidad de Mar de la Plata
tomasfiks@gmail.com

-

El reciente libro de Leandro DIAS, *Exceso en la legítima defensa: Fundamento y límites*, ofrece un estudio profundo y original sobre un tema clásico del Derecho penal que ha suscitado no pocas controversias, tanto en la teoría como en la praxis. No es exagerado calificarlo como un aporte indispensable a la dogmática penal hispanoparlante. El volumen recoge la tesis doctoral que el autor defendió en la Universidad de Buenos Aires, la cual se centra en una cláusula del ordenamiento jurídico argentino, a saber, el artículo 35 del Código Penal, que prevé el exceso en las causas de justificación («El que hubiere excedido los límites impuestos por la Ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia»). No obstante, el trabajo trasciende el análisis de esa disposición en particular y busca investigar los fundamentos detrás de las normas que regulan de manera diferenciada los supuestos en los que la víctima de una agresión ilegítima se excede en su respuesta defensiva, ya sea disminuyendo la pena que correspondería imponerle, como sucede en Argentina, o estableciendo su impunidad, como ocurre en Alemania (conforme el § 33 StGB).

La obra se compone de cinco capítulos. El primero introduce el problema principal sobre el que gira el trabajo: la falta de fundamentos sólidos para el instituto del exceso en la legítima defensa. Expone, asimismo, los principales antecedentes de la norma argentina que regula dicho instituto. El segundo versa sobre cuestiones interpretativas generales en torno a los tipos penales y cómo éstas repercuten en la interpretación de la regla del exceso. El tercero analiza críticamente la interpretación de dicha regla como un supuesto de error. El cuarto hace lo propio respecto de la interpretación que concibe la regla como un caso de culpabilidad disminuida. En los capítulos quinto y sexto, el autor desarrolla su propia posición, según la cual el fundamento de la regla del exceso ha de encontrarse en la violación a un deber positivo de salvamento. Primero explica cómo tal violación supone un exceso en el requisito de proporcionalidad de la legítima defensa (capítulo 5) y, luego, en el de necesidad (capítulo 6). Finalmente, se desarrollan las implicaciones concretas de la propuesta teórica, especialmente para el Derecho penal argentino.

El diagnóstico inicial que motiva la investigación es que la norma argentina que regula el exceso en la legítima defensa carece de una interpretación unívoca, lo cual se debe, al menos en parte, a la pluralidad de fuentes que influyeron en su redacción. En este sentido, el autor identifica los principales antecedentes de la norma en el Código Penal bávaro de 1813 y el «Código Zanardelli», vigente en Italia de 1890 a 1930. Estos, a su vez, se corresponden –a grandes rasgos– con las dos interpretaciones estándar de la regla en cuestión: según la primera, ésta regula un supuesto de culpabilidad disminuida; según la segunda, un error de tipo permisivo.

DIAS considera que ninguna de estas interpretaciones es plausible, dado que no pueden superar una serie de obstáculos comunes. Por un lado, ambas conducen a situaciones de infrainclusión (no abarcan supuestos que deberían ser abarcados por la regla) y sobreinclusión (abarcan

supuestos que no deberían ser abarcados por la regla). Por el otro, hacen que la regla resulte redundante si se asume la existencia de normas generales (escritas o implícitas) de error y culpabilidad disminuida.

Como ejemplo de la primera constelación de casos (infrainclusión) que se produciría si se siguiese una interpretación basada en el error de tipo permisivo, el autor utiliza el supuesto de *defensa inefectiva*, al que expone de la siguiente manera: «Agresor está a punto de cortarle las piernas a Víctima, debido a que esta última le quitó el puesto en el equipo de fútbol del pueblo; Víctima sabe que no puede hacer nada para defenderse eficazmente de la agresión, pero tiene la oportunidad (durante la agresión) de clavarle un pedazo de vidrio en el ojo a Agresor, lo que solo lo enfurecerá más; Víctima decide clavarle el vidrio a Agresor, quien termina perdiendo la vista en ese ojo y luego procede a cortarle las piernas a Víctima.» (p. 106). La primera observación que DIAS realiza es que la conducta de Víctima difícilmente pueda ser encuadrada como una acción amparada por la legítima defensa, dado que, al resultar ineficaz ab initio para frenar el ataque, no cumple el requisito de *necesidad* de esa causa de justificación (p. 109). No obstante –continúa–, resulta intuitivo pensar que Víctima debería, por lo menos, ser beneficiada con la regla del exceso en la legítima defensa. Pero si lo que exige esta regla es la existencia de un error respecto de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, entonces cabría concluir que no resulta aplicable al caso, pues Víctima no actúa bajo ningún error –por el contrario, *sabe* que su acción resultará ineficaz para repeler la agresión y aun así la lleva adelante–. La consecuencia sumamente contraintuitiva de interpretar la regla del exceso en la legítima defensa en estos términos es que Víctima debería responder por el delito doloso correspondiente contra Agresor. Por otra parte, esta interpretación conduciría al colapso de dicha regla con las disposiciones generales que regulan los casos de error (en el Código Penal argentino, se trata del art. 34, inc. 1º), por lo que se tornaría superflua (p. 110).

Con todo, una posible forma de preservar esta reconstrucción de la norma sería la de considerar a las reglas de exceso como *presunciones* de error y DIAS examina esta posibilidad (pp. 115 ss.). Según esta interpretación, cuando la víctima de la agresión originaria, obrando quizá bajo la influencia de ciertas emociones comprensibles, se excede en su respuesta defensiva, debería presumirse que actuó bajo un error de tipo permisivo. De esta manera, la norma vendría a ahorrarle al juzgador la difícil tarea de determinar si el excedente *en efecto* actuó bajo error. Si se interpreta de esta forma, la regla ya no sería infrainclusiva ni redundante. Sin embargo, sostiene DIAS, el principal problema al que se enfrenta esta interpretación es que abarca casos que no deberían ser abarcados y respecto de los cuales no debería proceder ninguna disminución de la responsabilidad penal; puntualmente, ciertos casos de excesos *extensivos* (es decir, temporales) como el siguiente: un sujeto racista dispara y mata a tres jóvenes afroamericanos que caminan hacia él –porque cree que las personas afroamericanas son, en general, particularmente violentas– *antes* de que estos lo ataquen (aunque, a la postre, se determina que, en efecto, tenían la intención de robarle) (p. 122). DIAS considera dos posibles correctivos que permitirían evitar que un caso como éste quede comprendido dentro del ámbito de aplicación de la regla. El primero consiste en limitar el alcance de la regla a los supuestos de excesos *intensivos*. El problema de esta solución, explica, es que resulta contradictoria con el fundamento mismo de la regla como presunción de error irrefutable que tiene por objeto facilitar la tarea del juzgador al ahorrarle la determinación de difíciles cuestiones probatorias (p. 124). El segundo correctivo consiste en limitar el alcance de la regla a los casos en los que el excedente actúa bajo la influencia de emociones *asténicas* (derivadas de la debilidad), como expresamente dispone el § 33 StGB («confusión, miedo o pánico»). Tampoco puede aceptarse esta corrección –concluye–, pues genera que queden por fuera del alcance de la regla casos como *defensa inefectiva*. Allí Víctima

actúa en exceso del requisito de necesidad de la respuesta defensiva y sin miedo ni pánico, por lo que la norma no debería aplicarse (p. 124). Sin embargo, es difícil resistir la conclusión de que Víctima merece, cuando menos, una atenuación.

Descartadas las interpretaciones basadas en el error, DIAS pasa a analizar aquellas que se enfocan en la culpabilidad disminuida del excedente. Una primera variante de éstas entiende la disminución de la culpabilidad en términos psicológicos: la condición que debería cumplirse para que un caso quede cubierto por la regla del exceso es que la víctima de la agresión originaria hubiese perdido el control como resultado de su estado emocional; esto es, que, debido a la agresión y a la reacción emocional desencadenada por ésta, no le fuera posible actuar de otro modo. Según el autor, esta tesis se enfrenta al mismo problema de infrainclusión antes mencionado, dado que en un caso como *defensa inefectiva* el excedente no experimenta ningún estado anímico extraordinario que le impida controlar sus acciones (p. 140). Por otra parte –añade–, también se repetiría el problema de sobreinclusión: así, el racista que, sumamente exaltado a raíz de sus prejuicios raciales, dispara y mata a tres jóvenes afroamericanos que se le acercan antes de que éstos le intenten robar debería ser beneficiado por la regla, porque sus emociones, en efecto, le dificultaron el control de sus acciones (p. 141). Esto tampoco parece aceptable.

La segunda variante concibe la culpabilidad disminuida ya no en términos psicológicos, sino normativos en un sentido bien específico: vinculados con los fines de la pena (p. 146). DIAS analiza primero la versión defendida por ROXIN, quien considera que, cuando la víctima se excede en su respuesta defensiva, al verse sobrepasada por ciertas emociones, las razones de prevención general y especial que (en la visión de ROXIN) justifican la pena no resultarían operativas. El problema de esta interpretación –sostiene DIAS– es que en última instancia depende de cuestiones empíricas contingentes, como son las necesidades preventivas de la sociedad de la que se trate (p. 148). Luego analiza la posición «puramente normativa» de JAKOBS. Para este autor, en apretada síntesis, la pena tiene la función de reafirmar la vigencia de la norma desafiada por el delincuente con su acto ilícito. Bajo esta concepción, el fundamento de la regla del exceso en la legítima defensa habría de encontrarse en consideraciones de imputación que prescinden por completo de cuestiones fácticas o contingentes. La idea central de JAKOBS es que el agresor originario es quien debe asumir la responsabilidad del exceso en el que incurre la víctima al defenderse, pues él es quien crea, a través de su acto antijurídico, la situación en la que tal exceso se termina produciendo. Si bien esta posición no se enfoca en aspectos contingentes, como la de ROXIN, DIAS considera que se enfrenta a las mismas dificultades que las otras teorías analizadas. Por un lado, hace que la regla del exceso resulte redundante con otras normas –en este caso, con aquellas que establecen los criterios generales sobre reducción o disminución de la culpabilidad– (p. 154). Por el otro, resulta infrainclusiva, dado que, en casos como *defensa inefectiva*, la víctima de la agresión originaria podría exceder los límites de la necesidad de la defensa sin estar desbordada por ningún estado emocional relevante, pese a lo cual la regla debería beneficiarla igual (p. 157).

Tras desestimar las lecturas tradicionales del art. 35 del Código Penal argentino, DIAS procede a elaborar y defender su propia interpretación de la norma. Según ésta, la regla del exceso en la legítima defensa encuentra su fundamento en la violación de un deber de salvamento que la víctima de la agresión originaria tiene respecto de todas las personas, *incluido su agresor*. Esta concepción de dicha regla va de la mano de una recalibración del concepto más básico de legítima defensa en términos de una respuesta permitida frente a la pérdida de derechos de no interferencia del agresor originario. Según esta visión, el agresor, al atacar culpablemente a la

víctima, renuncia completamente a su derecho a no ser dañado, mientras dure la agresión (p. 189). Esto implica que, respecto de la víctima, no rige, durante ese lapso, el deber correlativo de no dañar al agresor. Por tanto, si se excede en su respuesta defensiva, no infringe este deber, ni viola el derecho del agresor a no ser dañado. En todo caso, infringe un deber distinto, que es *externo* al esquema de derechos/deberes de no interferencia. Se trata de un deber positivo de solidaridad, que exige salvar a otras personas si ello no implica asumir un riesgo personal considerable, similar al que fundamenta la tipificación del delito de omisión de auxilio previsto en el art. 108 del Código Penal argentino o el § 323c párrafo 1, StGB (p. 206). De acuerdo con esta concepción, los límites impuestos por la necesidad y la proporcionalidad no son *internos* a la pérdida del derecho a no ser dañado del agresor, sino *externos* a ésta (p. 244). Esto quiere decir que el rebasamiento de esos límites, por parte de la víctima, no constituye una condición necesaria para que el agresor pierda su derecho a no ser dañado (p. 247).

Esta interpretación de la regla de exceso tiene varias repercusiones. En primer lugar, evita el cargo de redundancia, ya que posee un fundamento autónomo (la violación a un deber de solidaridad), distinto al del error y al de la disminución de la culpabilidad a raíz de una perturbación emocional. En segundo lugar, abarca casos de excesos intensivos en la necesidad, como *defensa inefectiva*, y también casos de excesos intensivos en la proporcionalidad, es decir, aquellos en los cuales la víctima se defiende de manera necesaria, aunque groseramente desproporcionada (el ejemplo utilizado para ilustrar este último supuesto, «Ladrón de libros», es el siguiente: «Ladrón ingresa a una librería, toma un libro de precio normal y empieza a correr hacia la salida; Dueño ve cómo se está llevando el libro y, dado que Ladrón es muy rápido y no hay policía en las cercanías, la única forma de evitar el hurto es disparándole a Ladrón en el pecho; Dueño dispara y evita el hurto, pero Ladrón muere en el acto») (p. 249). Por otro lado, *no* quedan comprendidos dentro del alcance de la regla los casos de excesos extensivos temporales, como el del sujeto racista antes mencionado, porque al no haber comenzado (o al ya haber finalizado) la agresión, el agresor conserva su derecho pleno a no ser dañado (p. 251). Tampoco quedan cubiertos los casos de excesos extensivos espaciales, en los cuales resulta lesionado un tercero como resultado de la acción defensiva excesiva, porque el tercero afectado no ha renunciado a su derecho a no ser dañado. De acuerdo con todo lo anterior, la interpretación propuesta parece resolver exitosamente los problemas de infrainclusión, sobreinclusión y redundancia atribuidos a las interpretaciones alternativas.

En lo que resta, quisiera formular algunos reparos a la propuesta del autor. Creo que el principal escollo para considerarla plausible ha de encontrarse en las consecuencias un tanto contraintuitivas a las que conduce sostener una versión externalista respecto de los requisitos de necesidad y proporcionalidad en el marco de un entendimiento de la legítima defensa basada en la pérdida de derechos. Recuérdese que la concepción externalista sobre la necesidad y la proporcionalidad va de la mano de una particular reconstrucción sobre cómo se interrelacionan los derechos y deberes de la víctima y el agresor. Según esta reconstrucción, cuando el agresor ataca a la víctima, pierde por completo, mientras dure la agresión, su derecho a no ser dañado. Esto implica que, para la víctima, no rige –mientras está siendo agredida– el deber de no dañar al agresor. Por tanto, ella puede, en principio, dañar permisiblemente al agresor. Que lo deba hacer respetando ciertas restricciones, como la necesidad o la proporcionalidad, se deriva de otro deber, en este caso positivo, de salvar al agresor –el cual, a su vez, encuentra su correlato en el derecho del agresor a ser salvado, si la acción de salvamento no implica un riesgo significativo para quien está en condiciones de ejecutarla–.

El problema de este enfoque es que luce demasiado drástico. En efecto, la idea de que quien realiza un acto mínimamente lesivo de los derechos de otra persona está renunciando, *tout court*, a su derecho a no ser dañado mientras dure la agresión resulta contraintuitiva. Parece más razonable pensar, como lo hace la doctrina mayoritaria, que el agresor pierde temporalmente su derecho a no ser dañado *de manera necesaria y proporcional*. Y esto, a su vez, significa que los requisitos de necesidad y proporcionalidad no son exigencias que se derivan del deber de salvamento que la víctima tiene frente al agresor, como propone DIAS, sino que son inherentes a la misma pérdida del derecho del agresor a no ser dañado que habilita la legítima defensa. El ejemplo «Ladrón de libros» permite ilustrar las consecuencias de la adopción de una y otra postura. Para DIAS, Ladrón, al hurtar el libro, pierde totalmente su derecho a no ser dañado mientras dure la agresión. Cuando Dueño le dispara de manera mortal, no está, por tanto, lesionando el derecho de Ladrón a no ser dañado. La grosera desproporción de la respuesta defensiva infringe, meramente, el deber de salvamento que Dueño tiene respecto de Ladrón. Esto hace que la regla del exceso prevista en el art. 35 del Código Penal argentino resulte aplicable a Dueño, quien, en consecuencia, solamente deberá responder como autor de un homicidio imprudente. Sin embargo, esta consecuencia es intuitivamente inaceptable, en la medida que no refleja de manera adecuada la gravedad de la acción de Dueño y la intensidad del reproche que corresponde dirigirle. El hecho de que Ladrón haya afectado de manera insignificante el derecho a la propiedad de Dueño al intentar hurtarle un libro no parece lo suficientemente significativo, desde una perspectiva moral, para aminorar el castigo que Dueño merece de manera tan drástica. Si, en cambio, se adoptara la perspectiva tradicional –internalista–, la acción de Dueño resultaría, en tanto groseramente desproporcional, violatoria del derecho de Ladrón a no ser dañado. Al no cumplir con el requisito de ser mínimamente proporcional al daño que se pretende evitar, dicha acción no podría calificarse como legítima defensa. Si, además, se siguiese alguna de las interpretaciones tradicionales de la regla del exceso –ya sea aquella que exige error por parte del excedente, o la que requiere que éste actúe bajo el influjo de ciertas emociones que disminuyen su culpabilidad– cabría concluir que tampoco se configuraría un supuesto de exceso en la legítima defensa, por lo que Dueño debería responder como autor de un homicidio doloso. Ésta parece, al menos intuitivamente, la solución materialmente correcta y es la adoptada por la doctrina mayoritaria al resolver los casos de defensas necesarias, aunque groseramente desproporcionadas –como el ejemplo clásico del anciano inválido que sólo puede evitar que un joven le hurte una manzana disparándole mortalmente– como delitos dolosos consumados. En estos casos, el principio de salvaguarda del Derecho cede frente a ciertas restricciones ético-sociales que exigen que la víctima deba soportar una agresión insignificante.

La interpretación de la regla de exceso defendida por DIAS resulta, por tanto, sobreinclusiva, en la medida que termina abarcando casos que deberían quedar por fuera del ámbito de aplicación de la norma, como «Ladrón de libros». Ahora bien, si DIAS está en lo correcto respecto de las restantes interpretaciones de dicha regla, el panorama luce un tanto desolador, puesto que todas se enfrentarían a problemas irresolubles. Pero no creo que éste sea el caso. En particular, la interpretación «normativa» de la regla como un supuesto de culpabilidad disminuida vinculado con los fines de la pena, tal como son entendidos por JAKOBS y PAWLIK, luce como una candidata fuerte para superar aquellos problemas. Por un lado, esta interpretación, aplicada al artículo 35 del Código Penal argentino, no resulta redundante, dado que este código no contiene una disposición general sobre culpabilidad disminuida; solo contiene una norma que establece la exclusión completa de la responsabilidad penal (art. 34 inciso 1º CP). De esta manera, el artículo 35 vendría a regular supuestos que se hallan en un punto intermedio entre la inexistencia de culpabilidad y la culpabilidad plena, cuya solución consistiría en reducir la escala penal del dolo a la imprudencia. En contra de esta lectura, DIAS sostiene que la preocupación sobre el carácter

redundante de la norma en cuestión no desaparece sin más, dado que los casos de culpabilidad disminuida podrían aún resolverse mediante una aplicación analógica de las reglas de la tentativa previstas en el artículo 44 CP o aplicando una causa de disminución de la culpabilidad supralegal, basada en el principio constitucional de culpabilidad. Pero esta línea de argumentación no parece convincente: el hecho de que se pueda arribar a soluciones similares mediante la aplicación analógica de otras normas, o incluso mediante la derivación de una regla equivalente a partir de principios constitucionales, no demuestra que el artículo 35 sea redundante. Por el contrario, desde el punto de vista de la técnica legislativa, ese panorama confirma la conveniencia de contar con una cláusula expresa, justamente para evitar recurrir a analogías –aunque sean a favor del imputado– o a normas implícitas.

Por otra parte, la interpretación basada en los fines de la pena tampoco resulta sobreinclusiva, porque casos como el del sujeto racista quedarían excluidos por haber mediado emociones esténicas (derivadas de la ira) en lugar de asténicas, aspecto que en definitiva estaría demostrando –siempre bajo la concepción de PAWLIK– un mayor grado de enemistad al Derecho en el accionar del excedente. Quedaría por resolver una dificultad adicional que, según DIAS, caracteriza a *todas* las propuestas de entender la regla del exceso como un supuesto de culpabilidad disminuida, y es que estas no comprenden casos como *defensa inefectiva*, en los cuales el excedente no actúa bajo un estado emocional relevante. Creo, no obstante, que esta preocupación es infundada. La razón de ello es que, bajo un entendimiento correcto, casos como *defensa inefectiva* deberían ser considerados supuestos de legítima defensa completa, en los que no media ningún exceso. Esto es así porque la acción de Víctima (consistente en clavarle un vidrio en el ojo al agresor que pretende cortarle las piernas) es *ex ante* objetivamente (o, si se quiere, desde la *perspectiva de un observador sensato*) idónea para frenar el ataque de Agresor o, aunque sea, para obstaculizarla, reducir sus posibilidades de éxito o su potencial lesivo. Y esto es todo lo que exige el requisito de necesidad. Si bien en el ejemplo está estipulado que Víctima *sabe* que no puede hacer nada para evitar el ataque, se trata de una estipulación *metafísicamente imposible*: dado el tipo de seres que somos, el conocimiento imperfecto que podemos tener sobre eventos futuros y la capacidad lesiva en condiciones normales de la acción consistente en clavarle un vidrio en el ojo a alguien, no es posible que alguien sepa de antemano que tal acción resultará ineficaz para frenar un ataque en curso. Frente a esto se podría replicar que los ejemplos no tienen por qué ser realistas: basta con que permitan ilustrar las implicaciones de ciertos principios, aun si ello requiere formular «casos de laboratorio». Pero la objeción no es que el ejemplo sea extravagante, sino que es inadecuado, pues la acción de la víctima no puede razonablemente calificarse como *innecesaria*.

De todos modos, mi desacuerdo principal con DIAS en este punto no se reduce al ejemplo utilizado, sino que versa sobre la forma de concebir el requisito de idoneidad como elemento constitutivo de la necesidad de la legítima defensa al momento de determinar si una acción defensiva es excesiva o no. Un ejemplo alternativo, más «limpio», puede ayudar a ilustrar el núcleo del desacuerdo: un boxeador de peso completo se propone abusar sexualmente de una mujer menuda; ésta opone resistencia rasguñándolo, a pesar de que sabe que con los rasguños no podrá frenar el ataque, lo cual además resultaría evidente para cualquier observador razonable (este ejemplo me fue generosamente sugerido por DIAS en correspondencia privada). Según entiendo, las eventuales lesiones ocasionadas al boxeador por los rasguños configurarían un supuesto de legítima defensa sin más, pues la mujer no estaría *excediendo* (i.e., *sobrepasando* o *yendo más allá de*) los límites impuestos por la necesidad. Aun concediendo que la acción defensiva fuera *ex ante* inidónea, lo sería, en todo caso, por resultar insuficientemente lesiva. Si se considerara que, en estos supuestos, la víctima infringe el requisito de necesidad de la legítima

defensa y que, por tanto, debe aplicarse la regla del exceso, se arribaría a la conclusión absurda de que, si la víctima se hubiera defendido de un modo más agresivo y apto para frenar la agresión –por ejemplo, rompiéndole una botella en la cabeza al agresor–, debería recibir un trato más favorable. Ahora bien, si –de acuerdo con mi propuesta– casos como *defensa inefectiva* deben ser considerados supuestos de legítima defensa, la interpretación de la regla del exceso basada en la culpabilidad disminuida tampoco resulta, en contra de lo que sugiere DIAS, infrainclusiva. Por lo tanto, parecería constituir una alternativa que permitiría superar los problemas que el autor identifica en las restantes propuestas.

Para finalizar, quiero resaltar algunas cualidades de la investigación que merecen elogio, independientemente de su estimulante contenido. Éstas son, por un lado, la erudición del autor, que abarca las discusiones actuales sobre la legítima defensa tanto en el marco de la discusión dogmática continental como en la filosofía analítica anglosajona. El trabajo no sólo presenta la posición de los principales exponentes de cada una de esas tradiciones teóricas de manera clara y concisa, sino que los hace dialogar fluidamente, lo cual no es un mérito menor. Por el otro, se trata de una obra muy bien escrita y estructurada: los distintos pasos de la argumentación siguen una secuencia lógica y la conclusión ofrece una respuesta al problema identificado al inicio, tras haber descartado otras posibles soluciones alternativas. De esta forma, además de leerse con facilidad, la contribución de DIAS provee una excelente guía a la hora de diseñar una tesis doctoral, que sin duda será de gran ayuda para tesisas e investigadores.

InDret

2.2026

José Manuel Ríos Corbacho, *Penas privativas de derechos y trabajo en beneficio de la comunidad: Una pena con futuro*, Dykinson, Madrid, 2025, 368 páginas

Luis Roca de Agapito
 Universidad de Oviedo
 luisroca@uniovi.es

-

I.

La obra objeto de recensión (vid. también la recensión de RODRÍGUEZ MONSERRAT, *CPC*, [146], 2025, pp. 187-191) se fraguó en Cádiz, pues se debe, como el autor aclara en una nota previa (pp. 13-17), a «un pacto entre caballeros» (p. 16) entre el Prof. Ríos y el penalista costarricense Álvaro BURGOS MATA, a quien dedica el libro *in memoriam* y a quien también dirigió su tesis doctoral (BURGOS MATA, *La prestación de servicios de utilidad pública como alternativa punitiva en la jurisdicción penal juvenil*, Cádiz, 2017, ya había publicado unos años antes: *El trabajo en beneficio de la comunidad como alternativa punitiva*, San José, Costa Rica, 2005). Además, en la última parte del libro se ofrece una visión práctica de los programas y talleres que se aplican en el CIS de Algeciras «Manuel Montesinos Molina» como modelo de referencia para una variante de cumplimiento de los TBC.

La monografía, prologada (pp. 11-13) por el Catedrático de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Barcelona, D. Rafael REBOLLO VARGAS, está dividida en ocho apartados, el último de los cuales recopila una extensísima bibliografía (pp. 325-368). Con buen criterio, el autor ha construido su obra yendo de lo abstracto o general a lo concreto o particular. Primero hace una serie de reflexiones sobre las penas en general, luego analiza las penas privativas de derechos y finalmente se centra, entre ellas, en la de TBC.

Comienza con una «Introducción» (pp. 19-22) en la que justifica su investigación por la importancia que está adquiriendo esta pena en la actualidad. Por un lado, en términos cuantitativos trae a colación el número de mandamientos recibidos por los SGPM a nivel nacional en el tercer trimestre de 2022 (19.301); y, por otro lado, en términos cualitativos por las ventajas que de cara a una prevención especial positiva presenta esta pena, calificándola de una «corrección sin rejas» (p. 20), o de «una pena más humana y benigna», que evita muchos de los inconvenientes asociados a la pena de prisión (p. 21). Este último aspecto lo desarrolla posteriormente en otro apartado, que luego mencionaré, aunque no hubiese estado de más aquí haber contrastado esta pena con algunos datos de la pena de prisión, en particular con el número de condenas a penas de prisión inferior a dos años.

Continúa con «Algunas referencias necesarias sobre las penas» (pp. 23-80), donde examina el concepto de pena (pp. 28 ss.) y sus fines (pp. 44 ss.). De esta parte cabe destacar su crítica hacia el llamado neorretribucionismo y la prevención general positiva, por cuanto que, según él, «el Derecho penal no tiene por qué convencer a nadie», ya que lo que verdaderamente debe importar es que no se lleven a cabo delitos «pese a que no se compartan los presupuestos de la norma» (p.

61). El autor se adhiere a la teoría dialéctica de la unión defendida por Claus ROXIN (1931-2025) (pp. 77-78), y desde este planteamiento de «síntesis» entiende que «se debe buscar la resocialización del delincuente sin eludir de manera absoluta el aspecto retributivo de la pena puesto que concuerda con la proporcionalidad misma del delito realizado» (p. 78).

Prosigue con «Un acercamiento a las penas privativas de derechos» (pp. 81-149), en donde, después de analizar algunas cuestiones comunes a todas ellas, como la determinación de su concepto, que no puede ser otro que uno «puramente genérico y subsidiario» (p. 85), así como los fines que persiguen, que serían «de prevención general (intimidación) y de prevención especial (evitar o dificultar la repetición del delito), aunque sin olvidar que estas penas han de cumplir un mínimo de función retributiva por el ilícito realizado» (p. 89), luego examina una a una todas las penas privativas de derechos, que circunscribe a las incluidas en el art. 39 CP. Así, analiza diversos problemas que plantean la pena de inhabilitación absoluta, las diversas inhabilitaciones especiales, las privaciones del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, del derecho a la tenencia y porte de armas, o de la patria potestad, destacando el detenido estudio que efectúa de las llamadas penas de alejamiento (pp. 121-140). Concluye este apartado con una serie de observaciones sobre las penas privativas de derechos de las personas jurídicas (pp. 144-149). En relación con este último epígrafe, y sobre todo teniendo en cuenta el objeto de esta obra, cabría haberse planteado la posibilidad de extender los TBC también a las personas jurídicas.

Finalmente, en lo que constituye el núcleo central de su obra, el autor se ocupa de analizar la pena de TBC en tres apartados distintos.

En un primer apartado, el que constituye el cuarto de la monografía, bajo la denominación de «El trabajo en beneficio de la comunidad» (pp. 151-234), pretende analizar «de dónde se viene, dónde se está y hacia dónde se dirige este tipo de pena» (p. 151). Para ello comienza con unas «notas históricas» (pp. 151-171) muy interesantes, que considero una de las partes más brillantes de esta obra, remontándose al mundo hebreo con la ley del talión, pasando por la cultura grecolatina y la esclavitud, la aparición del cristianismo y el medievo en que el trabajo comienza a reconocérsele su condición moral, para posteriormente priorizar su carácter económico con penas de corte utilitarista como las galeras, los presidios y arsenales, las obras públicas o finalmente los trabajos de colonización. Concluye estas notas históricas refiriéndose al trabajo penitenciario, con el que se renuncia al trabajo como castigo para convertirse en un instrumento de reinserción social. Sigue con un epígrafe dedicado a examinar «definición legal de esta pena» (pp. 171-181), en el cual presenta una breve evolución legislativa en España –que desarrolla más adelante (pp. 193-204)– y también ofrece una sucinta, pero suficiente, referencia al Derecho comparado. Formula la siguiente definición: «aquella pena que mediando el consentimiento del penado le obliga a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública» (p. 178). Y en cuanto a su denominación, prefiere mantener la habitual, frente a quienes sugieren cambiarla por «prestación en beneficio de la comunidad», ya que ésta podría confundirse con la medida prevista para la responsabilidad penal de los menores (p. 179). A continuación, analiza las características legales del trabajo (pp. 181-193): la utilidad general, su carácter no retribuido, la voluntariedad y el respeto a la dignidad del penado; así como, dentro de un epígrafe dedicado a la «regulación legal» (pp. 205-234), cuál es su naturaleza, sus funciones y, sobre todo, cómo se prevé su ejecución, examinando con particular detenimiento (pp. 217-234) las tres fases en que se estructura el procedimiento de gestión de la pena de TBC: la 1ª fase o inicial de programación, la 2ª fase de cumplimiento, y la 3ª fase de seguimiento y conclusión.

No obstante, se echa en falta un análisis más detenido del incumplimiento de esta pena, a lo que sólo dedica una página (p. 230).

En el segundo apartado dedicado a la pena de TBC, el quinto del libro, el autor aborda «Otros aspectos del trabajo en beneficio de la Comunidad» (pp. 235-271), donde se centra en tres cuestiones: 1) la configuración de cuatro talleres de sensibilización, como modalidad de cumplimiento de la pena de TBC (concretamente los talleres Taseval, Diálogos Restaurativos, Convivir y Regenerar) (posteriormente vuelve sobre ellos); 2) la perfilación de ofensor potencialmente condenado a esta pena, donde si bien considera con carácter general que «no existe, ni debería existir un único perfil» (p. 240), no obstante, se plantea una serie de circunstancias que pueden dificultar la imposición de esta pena, como las obligaciones o cargas familiares, el estado de salud, la lejanía del domicilio, los horarios laborales, y en particular, poseer un historial de violencia, ser reincidente, toxicodependiente o con problemas psiquiátricos; y 3) los argumentos en contra y a favor de esta pena, en lo que considero una parte fundamental de este texto. Quizás la ubicación de estos dos epígrafes (pp. 249-271) no sea la mejor (personalmente la hubiese anticipado), pero eso no es lo importante. Lo destacable de esta parte es su contenido y cómo el autor va rebatiendo una a una las críticas hacia esta pena y cómo la respalda, sobre la base de las evidentes ventajas que presenta: restringe el etiquetamiento y la estigmatización del condenado, previene la victimización «secundaria» (creo que lo correcto sería hablar de terciaria, esto es, del victimario como víctima del sistema penal), reduce los costes económicos, aumenta la autoestima y la concienciación social, incentiva la mejora individual y la capacidad del condenado, supone un elemento de integración social, tiene un alto grado de cumplimiento y disminuye la reincidencia posterior. En virtud de todo ello, concluye que «esta pena útil a la comunidad deber ser el ejemplo, santo y seña, de los nuevos tiempos para eludir las penas privativas de libertad» (p. 271).

En el tercer apartado dedicado a la pena de TBC, el sexto en total, elabora un «Excurso sobre los efectos prácticos del trabajo en beneficio de la comunidad» (pp. 273-316). Para ello acude a exponer los programas que se desarrollan en el CIS de Algeciras «Manuel Montesinos Molina» como modelo de referencia en una forma de cumplimiento de la pena de TBC. Conviene aclarar que en los CIS se cumplen penas privativas de libertad y es el SGPM de Algeciras el que se encarga de controlar el cumplimiento de la pena de TBC. Pero, en efecto, se puede cumplir a través de esos talleres o programas formativos, centrando su exposición en nueve de ellos: PRIMMA (Programa de intervención para agresores de violencia de género en medidas alternativas); PROSEVAL (Programa de intervención psicoeducativa en seguridad vial); TASEVAL (Taller de sensibilización en seguridad vial); Taller reGENERAR; Taller Diálogos Restaurativos; Programa CUENTA CONTIGO (Programa de sensibilización en drogodependencias para penados a trabajos en beneficio de la comunidad); Programa FUERA DE LA RED (Programa de intervención frente a delincuencia sexual con menores); Taller CONVIVIR (10 herramientas básicas para vivir en comunidad); y Programa ENCUENTRO (Programa de intervención frente a la violencia familiar en medidas alternativas).

Cierra la obra con una «Coda» (317-324), «a modo de epílogo» (p. 317) en el que condensa todo lo expuesto y concluye que la pena de TBC es «una pena con futuro», «sin duda» (p. 323) y «puede catalogarse como un auténtico paradigma para una reinserción social futura del penado» (p. 324).

II.

Concluyo esta recensión felicitando al autor por la magnífica obra que ha publicado, pero quisiera añadir algunas observaciones, éstas en un tono algo más crítico, además de las que ya he ido efectuando.

Pienso que debería haberse cuidado un poco más la edición de la obra, pues se advierten numerosos errores en el texto y algunas repeticiones innecesarias, pero que en ningún caso desmerecen el gran valor de esta obra, como he dicho, y tampoco dificultan su lectura. También se observa, quizás por ese «pacto de caballeros» al que aludí al principio de esta recensión, un excesivo apego a la obra de Álvaro BURGOS MATA mencionada muy a menudo, lo cual tampoco significa que José Manuel RÍOS no manifieste su opinión en todas y cada una de las cuestiones que aborda.

A lo largo de la obra se pueden percibir tres aspectos que el autor va interrelacionando. Por un lado, el trabajo contiene aspectos penológicos o prácticos, relativos a la realidad de esta pena; por otro lado, el contenido más importante se centra en aspectos dogmáticos o teóricos (de interpretación y de sistematización de su regulación, fundamentalmente); y, por último, quizás la parte menos desarrollada sea la relativa a cuestiones político-criminales o de crítica a la actual regulación. Leyendo el subtítulo del libro –«Una pena con futuro»–, uno esperaba un mayor contenido de este tipo. Y si lo que se propone en clave político-penológica es poner en valor los programas y talleres psico-educativos como modelo de referencia del cumplimiento de la pena de TBC, siento discrepar con José Manuel Ríos.

En mi opinión se observa cierto practicismo o cobardía por parte del legislador español a la hora de apostar por alternativas a la prisión. Y en este punto creo que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es un ejemplo paradigmático. Primero apenas se apostó por ella, pues se previó con un papel casi ridículo, minúsculo, pues se limitaba a ser una pena sustitutiva de la de arresto de fin de semana y una forma de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. En 2003 se pretende darle un mayor protagonismo y desaparecida la pena de arresto de fin de semana, vino a cubrir en parte el hueco que dejó. Sin embargo, no se la dotó de los medios y del personal especializado adecuado para fomentar su imposición por parte de los jueces y su cumplimiento por parte de los penados. Y fueron precisamente esas dificultades de llevarla a la práctica las que motivaron la decisión que tomó el legislador español, primero en 2009 para los delitos contra la seguridad vial y luego en 2010 para el resto, de cambiar el contenido de dicha pena y permitir como modalidad de cumplimiento la participación del penado en talleres o programas formativos, abandonando así lo que es su carácter auténtico y genuino, que son las labores de utilidad social o colectiva. Por practicismo o por cobardía –como decía–, con esta decisión se está restando autoridad a esta pena, y lo que es peor, se está desnaturalizándola, porque con el último cambio experimentado creo que se ha abierto una puerta por la que los penados están pasando a otra habitación, pero esa estancia ya no está en el edificio de la pena de TBC y no se sabe muy bien lo que es –máxime si esos talleres pueden llevarse a cabo incluso de manera telemática (vid. el Informe General 2024 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, p. 204).

InDret

2.2026

María Belén Sánchez Domingo, El tipo de injusto del delito de abandono del lugar del accidente, Dykinson, Madrid, 2024, 281 páginas

Pablo Sánchez-Ostiz
Universidad de Navarra
pablosostiz@unav.es

-

En esta nueva monografía de la profesora de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, se analiza el novedoso, pero no menos curioso, delito de fuga del lugar del accidente (art. 382 bis), introducido en el Código Penal en 2019 (y reformado en 2022). Aunque el delito ha recibido ya amplia atención por cierto número de autores en artículos y capítulos de libros, se trata de uno de los primeros estudios monográficos al respecto.

La estructura es la común en las obras de parte especial referidas a un precepto concreto: situación del tema y bien jurídico protegido, análisis del tipo objetivo, y el resto de cuestiones (tipo subjetivo, fases de ejecución, e intervención). Emplea una amplia bibliografía, mayormente española, muy vinculada a los delitos contra la seguridad vial y la omisión del deber de socorro, pero también la referida a este nuevo tipo. La obra se cierra con una relación de jurisprudencia, sobre todo del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales, que van desde 1979 hasta las más recientes, de 2023: abarcan, por tanto, temas relacionados con el delito de omisión del deber de socorro, que sirve de referencia para analizar el de abandono recientemente previsto. Abundan las referencias al delito de omisión de socorro a la hora de abordar el de abandono, puesto que es preciso dilucidar la coordinación mutua, así como las diferencias (cfr. por ejemplo, p. 211).

Después de unas consideraciones introductorias en las que se sitúa el tema, en el capítulo primero se exponen los antecedentes legislativos, que se remontan a la legislación de los años 50 del pasado siglo (la Ley del Automóvil): un capítulo que resulta útil por la documentación que aporta, como también por mostrar que el delito de abandono se halla en la confluencia de muy variadas realidades implicadas: desde la solidaridad a la seguridad vial, pasando por la regulación del tráfico automovilístico en el Derecho administrativo sancionador. Se expone aquí cómo se fraguó el texto del precepto (pp. 41-43) y un motivo que podría argüirse para defender su presencia: que los casos de accidente con muerte más fuga podrían plantear dificultades para considerarlos como omisión del deber de socorro (¿tentativa inidónea?). Según se expone, «nunca ha existido un auténtico delito de fuga hasta la introducción del artículo 382 bis» (pp. 36-37, 202).

A la identificación del bien jurídico protegido se dedica el capítulo segundo, en el que se llega a la conclusión de que se trata de garantizar la actuación de la Administración de Justicia (p. 66), o como expresará después: de «no dificultar el desarrollo del proceso penal» (p. 209). En cambio, se rechazan otras posibles posiciones: ni la seguridad vial ni la solidaridad humana se hallan en condiciones de constituir el bien jurídico protegido (pp. 67-79), por lo que evita emplear estos como punto de referencia (pp. 71 y 77), aunque resulta difícil eludir la doctrina y jurisprudencia al respecto, puesto que hay datos sobre los que ya hay abundantes opiniones o pronunciamientos. Para la autora, este delito sanciona la infracción del deber de contribuir con

la Administración de Justicia (p. 72), aun a riesgo de haberse previsto como «una mera desobediencia a la normativa administrativa» (p. 72). Por lo que se cuestiona su presencia, por tratarse de una infracción formal (pp. 55, 72) que contradice los principios del Derecho penal (pp. 51, 79).

El amplio capítulo tercero se ocupa del análisis del tipo objetivo. Se comienza por una exposición sobre el concepto de «conductor», sujeto activo del delito (que es quien maneja el vehículo, incluido el asistente de aprendizaje): se trata de un delito de propia mano (pp. 93, 243). A pesar de que no es un delito contra la seguridad vial, se exponen los elementos comunes a los delitos contra esta (conducción, vehículo y vía pública, resumidamente, en p. 118): define la «conducción» de manera relativamente estricta, pues exige cierta duración y desplazamiento, así como «riesgo de singular importancia superior al permitido» (p. 105); y adopta conceptos amplios tanto de «vehículo» (pp. 110-111), como también de «vía pública» (que incluye las de carácter privado: p. 117). Considera que se trata de un delito que tiene contenido lesivo (para la Administración de Justicia: p. 120), de «simple actividad» (p. 120), pero dicha actividad debe extenderse «un poco en el tiempo y en el espacio», de modo «que impida su identificación y localización» (p. 121); a su vez, la conducta típica es de carácter activo (pp. 124-125, 131, 143). A propósito de qué debe entenderse por ese alejamiento físico (pp. 131-136), opta por el criterio de la pérdida del control visual (p. 134), pero «valorado dentro de lo razonablemente lógico» (p. 136). Opta por un concepto amplio de causación (pp. 137-141), imprudente o fortuita, de muertes o lesiones. Por lo que se refiere al supuesto de accidente por imprudencia, la autora traza una amplia y documentada exposición sobre la graduación de grave, menos grave y leve (pp. 149-165), para reducir los casos de abandono típico a los de accidente previo por las dos primeras modalidades, pero no por la de carácter leve. Su exposición relaciona el carácter imprudente del accidente con los casos de homicidio (pp. 169-178) y lesiones (pp. 181-182) imprudentes que sean «típicas», es decir, las de los respectivos delitos imprudentes, que son de carácter grave o menos grave, pero no leve. En cambio, no serían relevantes a efectos del delito de abandono los accidentes por las de grado leve (p. 182). Y por lo que se refiere al accidente fortuito que produce resultados de muerte o lesiones, sostiene *lege ferenda* que no hay razón para la sanción penal por ausentarse del lugar, y debería recurrirse a las infracciones administrativas (p. 194). A la cláusula de subsidiariedad o «excluyente» (p. 119) dedica un amplio estudio (pp. 195-209), centrado sobre todo en interpretar los requisitos del art. 195 para la omisión del deber de socorro («persona desamparada» y «peligro manifiesto y grave»), puesto que opera como prioritario frente al de abandono. Resume las situaciones posibles (pp. 208-209): en su opinión, se aplicaría el art. 382 bis por la fuga, cuando la víctima del accidente i) haya fallecido, o ii) no se encuentre desamparada ni en peligro manifiesto y grave. En cambio, iii) si omite el socorro y huye, cometería los dos delitos, pero la mención legal («fuera de los casos contemplados en el artículo 195») impediría aplicar el de abandono. Finalmente, a pesar de la mención a «sin que concurra riesgo propio o de terceros» (elemento negativo del tipo: p. 217), considera SÁNCHEZ DOMINGO que solo podría entenderse que se da esa situación, en caso de verse afectado un bien de naturaleza personal, por lo que no es el caso cuando detenerse y colaborar supone la autoincriminación (p. 220).

Los últimos capítulos se refieren finalmente al tipo subjetivo, fases de ejecución, así como autoría y participación. En cuanto al tipo subjetivo (capítulo cuarto), doloso por la redacción del texto del precepto (p. 223), se señala cómo el dolo debe abarcar la producción del accidente, la existencia de víctimas mortales o lesionadas de cierta gravedad y el abandono del lugar (pp. 225-226); admite el dolo eventual (pp. 226-228); y resultan interesantes las consideraciones sobre el error de tipo (impune, claro está), a propósito de la percepción del riesgo propio o de tercero (pp.

229-230). En cuanto a las fases de ejecución (capítulo quinto), defiende el carácter de tipo de «simple actividad» (pp. 231 ss.), sin perjuicio de que ve posible la tentativa (idónea o no, acabada o no); aunque considera que «la conducta típica no es susceptible de ser realizada de modo fraccionado» (p. 233), propone recurrir al criterio de pérdida del «control visual» para dar por alcanzado el «abandono» del lugar del accidente (p. 236, y ya antes, en p. 134). Y a la intervención dedica el último capítulo (sexto): partiendo de que es delito de propia mano (p. 243), exponen algunas situaciones, entre las posibles, de participación.

A lo largo de la monografía SÁNCHEZ DOMINGO critica la previsión misma de este delito por tratarse de una infracción formal (pp. 55, 72, 194), entrar en contradicción con los principios del Derecho penal (pp. 51, 79), y emplear una defectuosa técnica legislativa (pp. 119, 136). Ciertamente, el precepto adolece de algunos defectos técnicos y suscita no pocas dudas sobre su legitimidad. En esta situación, es posible efectuar algunas propuestas restrictivas que minimicen, en lo posible, los defectos del precepto.

La lectura de la monografía invita a reflexionar sobre diversas cuestiones. A continuación, algunas de ellas. De entrada, la tesis de que el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia –idea que me parece plausible– tiene algunas consecuencias. Así, en primer lugar, podría entenderse el delito como medio de garantía de cumplimiento de prestaciones en favor del Estado. De este modo, la colaboración con la Justicia separa este delito del de omisión del deber de socorro, a pesar de las reminiscencias que el propio legislador muestra en el texto. De ser aquel el bien jurídico, procedería un concurso de delitos en caso de producirse el accidente, no socorrer y además huir del lugar. Sin embargo, se ha optado expresamente («fuera de los casos contemplados en el artículo 195») por dar prioridad al de socorro, en defecto del de abandono, que sería subsidiario. Da la impresión de que trata de evitar una sanción que podría ser desproporcionada, y con ello desvela que no parece tener mucha entidad este bien jurídico y la conducta del tipo. Me parece que la subsidiariedad que proclama la Exposición de Motivos del proyecto hace mal servicio a la importancia del problema que venía a resolver y al bien jurídico. Si se opta por aplicar uno u otro tipo (cada uno con su bien jurídico propio), podría pensarse más en un criterio de exclusión que de subsidiariedad. Pero el legislador expresamente menciona la subsidiariedad, y lo hace en un contexto extraño: «subsidiariedad de este delito respecto del aquél, refiriéndolo a los casos de personas que sufran lesiones graves pero en las que no concurren los requisitos del peligro manifiesto y grave que exige la omisión del deber de socorro» (LO 2/2019, de 1 de marzo, Exposición de Motivos). Por lo demás, como delito contra la Administración de Justicia, suscitaría problemas, entre otros, con relación al *nemo tenetur* (cfr. pp. 62-65), la irrelevancia del consentimiento de la víctima en el abandono por parte del conductor, y la posibilidad de que exista *bis in idem* con infracciones administrativas.

En segundo lugar, otra consecuencia de partir de la Administración de Justicia como bien jurídico sería la estructura del tipo y su naturaleza. La configuración del delito como un medio que viene a garantizar la actuación de la Administración de Justicia situaría el delito en la línea de los que contienen deberes positivos (de contribuir, de colaborar, por ejemplo). En efecto, podría verse como un delito basado en la infracción de un deber positivo, esto es, fundado en la relación que vincula al particular con el Estado de manera peculiar: en este caso, por la actividad de la conducción de vehículos (de suyo peligrosa y regulada) más la producción del accidente (injerencia). A partir de ahí, el modo de infringir ese deber positivo sería menos relevante en términos fenomenológicos: podría ser a modo de fuga (abandono *activo*) o de no aportar pruebas (no colaboración *pasiva*). En este caso, se trataría de un delito basado en la infracción de un deber positivo, pero cometido activamente (fuga o abandono del lugar). Más que definirlo como delito

activo (pp. 51, 124, en donde se afirma que «no se trata de una omisión»), me parece que lo esencial es el deber positivo de base, a infringir por vía activa u omisiva. Más que centrarse en la fenomenología de las formas de comisión, pienso que lo esencial no es tanto si la huida del lugar es activa (cómo si no) o pasiva (no permanecer), pues eso depende de la redacción (en ocasiones, poco cuidadosa de un legislador apresurado).

Otro aspecto relevante me parece que es el de la imprudencia. Es posible que las abundantes referencias a los delitos imprudentes resulten poco adecuadas en algunos extremos, pues el art. 382 bis no se remite a aquellos, sino que prevé la causación imprudente (sea la que sea, sea típica o no, y se sancione como se sancione: «causar ... causare») en cuanto presupuesto a castigar aparte (así, por ejemplo, en pp. 186-190). Como se ha expuesto, la exposición de SÁNCHEZ DOMINGO pone en relación el carácter imprudente del accidente con los casos de homicidio y lesiones imprudentes típicas. De manera que, al ser únicamente típicas las de carácter grave y menos grave, no serían relevantes a efectos del delito de abandono los accidentes por imprudencia de grado leve (p. 182). Esta conclusión no me parece acorde con la letra del art. 382 bis, que exige «causar un accidente en el que fallecieren una o varias personas» y «lesiones a que se refieren los artículos 147.1, 149 y 150», y que «tuvieran su origen en una acción imprudente del conductor», sin más especificaciones. Adicionalmente, si la alternativa es entre accidente imprudente (grave o menos grave) y caso fortuito, quedarían impunes los casos de imprudencia leve, pues no serían ni unas ni otro, lo cual no parece sostenible. Además, la reforma de este delito (2022) suprimió la antigua referencia a «lesión constitutiva de un delito del artículo 152.2», para remitirse ahora a preceptos de lesiones dolosas cuyo resultado es parte de los tipos imprudentes, de manera que ha de referirse a dichos resultados descritos en estas y no a su tipicidad subjetiva, por lo que ha de tener relevancia la mención actual frente a la originaria (2019). Finalmente, si tenemos en cuenta el bien jurídico tutelado del que se parte (Administración de Justicia), se podría defender la inclusión también de los casos de carácter leve, en los cuales hay interés en dilucidar la entidad del accidente mediante la colaboración del conductor. Esta argumentación no pretende legitimar lo que el legislador haya definido, sino aspirar a limitar su amplitud una vez que parece criticable prever este delito en el Código Penal. Y si se desea reducir la amplitud del precepto –algo que me resulta legítimo, una vez que se detectan defectos en el precepto en cuestión– podría argumentarse una restricción teleológica por razones de desproporción u otras.

Más allá de este aspecto, otros detalles de la redacción y coordinación del precepto suscitan dudas. La autora ha hecho una gran labor de documentación de las dificultades y las posiciones arbitradas para resolverlas. Aquí me permito solo destacar una solución: la de la pérdida del control visual (p. 134) como criterio para la consumación del delito de abandono. De entrada, es loable proponer criterios para facilitar interpretaciones adecuadas. Pero puede suscitar algunas dudas. El criterio de la pérdida del control visual que defiende para apreciar cuándo concurre el alejamiento físico (pp. 131-136) sería problemático, por ejemplo, en accidentes causados en zona despoblada y sin tránsito, o a altas horas de la madrugada, en los que la consumación instantánea, por pérdida de control se daría desde el primer instante. En tales casos, y en otros que cabe imaginar, no resulta fácil ese control visual por alguien que no sea la víctima. También sería problemático el caso de huida, pero sin posibilidad de identificar al conductor en fuga (se le ve, pero no se perciben los detalles del vehículo en que huye). Por tanto, en definitiva, es posible que el criterio original requiera cierta matización.

La autora ha llevado un documentado estudio monográfico del delito previsto en el art. 382 bis, y es de agradecer la identificación y amplitud de las cuestiones abordadas, así como la

originalidad de algunas soluciones propuestas. En todo caso, un trabajo que ofrece mucho e invita a la reflexión.

2.2026

Réplica a la Recensión de Pablo Sánchez-Ostiz a Los medios del derecho penal. Política, castigo y discurso penal en la era digital, Trotta, Madrid, 2025, 429 páginas (InDret 1.2026)

Javier Cigüela Sola
Universidad de Barcelona
jciguela@ub.edu

-

El actual sistema académico no es particularmente agradecido con el género de la recensión; al menos esa es la impresión que uno recibe de los baremos cuantitativos para las acreditaciones. El mensaje que con ello se transmite no hace justicia a la aportación que las recensiones realizan al intercambio de conocimiento, pues resulta que esa clase de trabajos aporta cosas de las que el resto de los formatos carece. Primero, permite a los lectores –entre los que me encuentro– «aprovecharse» del enorme esfuerzo lector y de síntesis del reseñador, accediendo tanto al contenido de las obras reseñadas como al contrapunto crítico que aquel haya podido imprimirle. Segundo, y ya hablando en calidad de autor de una obra reseñada, ofrece la oportunidad de acercarte a tu propio trabajo con ojos ajenos, una experiencia muy enriquecedora que permite calibrar qué es exactamente lo que volcaste en el papel, como también repensar tus propios argumentos desde otro punto de vista, muchas veces mejor o más cultivado que el tuyo propio. Precisamente por ello querría de entrada agradecer a Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ su trabajada labor en el mantenimiento del género, y particularmente su recensión y sus comentarios a mi obra.

Me tomo esta réplica como una oportunidad para explicitar algo mejor algunas características metodológicas del libro, e incluso algunas limitaciones (conscientemente autoimpuestas por mi parte) que podrían sorprender al lector. En su recensión, el Prof. SÁNCHEZ-OSTIZ advierte fundamentalmente que la obra adopta una postura descriptiva, y que en tanto lo que se describe es el panorama «crudo» que queda tras la transformación digital del orden penal, se echa de menos un contrapunto normativo que sirviera de «rearme» frente a dicha situación; y, más en concreto, algún tipo de reflexión sobre cuál es el lugar que debemos ocupar los investigadores y profesores de derecho en este nuevo contexto.

De entrada, tiene razón el Prof. SÁNCHEZ-OSTIZ en destacar que la obra apuesta por una perspectiva descriptivamente densa y más bien «ligera» normativamente. La principal razón de esa elección es que, a mi juicio y al menos en relación al objeto de investigación (la influencia de los medios en el derecho penal), los argumentos normativos son posteriores a los descriptivos: sólo es posible saber qué relación debemos establecer con los medios de comunicación, si entendemos antes qué son los medios de comunicación y cuál es el tipo de influencia que ejercen sobre los órdenes normativos. En fin, que, para empezar a caminar en alguna dirección, uno tiene que contar antes con un mapa del lugar, incluso con una cierta genealogía de cómo se ha llegado hasta aquí. Precisamente el punto de partida del libro es que el mapa de los efectos de los medios en el orden penal no ha sido todavía trazado, y lo que se había hecho era o bien aproximaciones que subestiman la conexión misma entre medios y derecho penal (remiten a una conexión técnica, y no alcanzan a ver su dimensión sociocultural), o bien se aproximan a ella pero de modo parcial o específico (por ej., los estudios sobre agenda *setting* y *framing*, o sobre el miedo al delito,

o los trabajos sobre medios y proceso). Frente a ello, la obra pretende ofrecer un modelo explicativo «macro» o «general» de la coevolución entre los medios y el derecho, que constituya un posible punto de partida de futuras investigaciones en niveles más concretos o situados de análisis.

En esa aproximación, los argumentos normativos sólo aparecen cuando sirven para esclarecer la descripción del terreno. Por ejemplo, cuando describo el ideal de esfera pública deliberativa para luego contrastarlo con la evolución patológica de las esferas públicas televisivas y digitales (§ 84 ss.); o cuando me remito al ideal de un derecho penal liberal, autocontenido y sometido a límites, con el fin de contrastarlo con el tipo de derecho penal hiper-expansivo que ha emergido en las últimas décadas, en parte por la influencia de las culturas punitivas audiovisuales (§ 87 ss.); o, en fin, cuando aludo a los principios del hecho y del daño para señalar que parte de las tensiones a las que estos se exponen en la actualidad conectan con las condiciones de comunicación digital, es decir, con la creciente virtualización y des-materialización de los marcos de comprensión del mundo (piénsese, por ej., en qué concepto de daño puede abarcar conductas lesivas en el metaverso; o qué concepto de violencia sexual va a emerger en un contexto de creciente interacción a través de pantallas y dispositivos) (§ 84 ss.); y así sucesivamente.

Ahora bien, si el diagnóstico es que la era digital está produciendo un derecho penal crecientemente volcado a lo simbólico, que hace partícipes a las audiencias digitales de la producción de sus propios espectáculos legales o judiciales, y que se ve constantemente atrapado en las batallas culturales que definen la política digital, la siguiente pregunta debería ser –como sugiere la recensión– qué debemos hacer en este nuevo contexto. Pues bien, aunque la obra no aborde dicha pregunta directamente, sí que lleva implícitas algunas lecciones que uno puede extraer para el abordaje normativo de los problemas descritos. Apuntaré solamente algunas ideas al respecto.

La primera es que, si la hipótesis del trabajo es cierta, buena parte de los problemas «penales» diagnosticados son en realidad un reflejo de problemas sociales más profundos; en realidad, muchos de ellos están vinculados a transformaciones que se dan en el campo político, el económico o el mediático, las cuales proyectan sobre el orden penal presiones adaptativas a las que éste acaba respondiendo. Así ocurre, por ej., con las tendencias populistas y punitivistas que emergen hacia los años 60 y que se desarrollan y evolucionan con diferentes estilos hasta nuestros días: se trata de una forma de hacer (y comunicar) la política penal que se adapta bien a las sociedades tardomodernas, lo que quiere decir, a Estados (y democracias) en crisis, economías neoliberales y culturas audiovisuales orientadas a la producción de performances de «ley y orden». Si eso es así, lo cierto es que la respuesta a la pregunta de qué hacer excede en mucho las competencias del penalista, que se limitará a la crítica del origen defectuoso de los productos que maneja (las leyes) y como mucho aspirará a ponerles parches que minimicen el daño. Esta constatación no es, claro, demasiado novedosa, y no se separa mucho del conocido dilema de BÖCKENFÖRDE, que aquí parafrasearía diciendo que el derecho penal racional vive de condiciones que no puede crear, ni tampoco modificar.

Ello no implica negar la posibilidad, por ej., de reducir o revertir las tendencias punitivas del sistema, o fortalecer las bases garantistas de la justicia penal; sino más bien reconocer que ello pasa por un cambio a gran escala, que afecta primordialmente al entorno (social, político, cultural) y no al núcleo del orden legal. Huelga decir, por otra parte, que a día de hoy ese cambio no se vislumbra, y lo que las últimas tendencias a nivel global permiten entrever es precisamente lo contrario, es decir, un fuerte regreso a modelos de «ley y orden», donde se hibridan elementos

de los derechos penales autoritarios «clásicos» con novedosas y disruptivas tecnologías y retóricas ciberutópicas (o -distópicas, según se mire).

Una segunda reflexión, al hilo de la última preocupación expresada por el Prof. SÁNCHEZ-OSTIZ, versaría sobre qué rol debemos desempeñar como investigadores y profesores de derecho en el nuevo contexto. De las muchas discusiones que podrían abrirse, querría sólo apuntar alguna idea en dos planos diferenciados. La primera tiene que ver con nuestro papel como interlocutores en la esfera pública, terreno en el que en España estamos muy por debajo de los estándares anglosajones o alemanes, por poner dos ejemplos conocidos. El mundo actual carece de los automatismos que antaño aseguraban la participación del jurista experto en el debate público e incluso su incidencia en la decisión política o legislativa –para empezar, aquel ha perdido prestigio social o capital simbólico–; y el tipo de interacción que condiciona la política penal digital es mucho más compleja e incluye muchos más actores en liza que en la era televisiva (y por supuesto que en la imprenta). Mi impresión es que, en el nuevo contexto, la visibilidad de la opinión experta en materia penal depende demasiado del voluntarismo y la capacidad individual de algunos profesores con perfil público, y que debemos empezar a pensar en términos más sistémicos e institucionales; creo que buena parte de los recursos dedicados a proyectos de investigación con poco impacto deberían emplearse más bien a la financiación de institutos u organizaciones más estables, que puedan acumular no sólo conocimiento experto, sino también habilidades relativas a las técnicas de comunicación que se requieren en la esfera pública digital –en la cual, por cierto, nuestra presencial es testimonial–. Algo así está teniendo lugar en el ámbito de las políticas públicas, y sería deseable trasladarlo al terreno particular de la política penal.

En otro orden de cosas, tendremos que repensar también nuestra relación con las «máquinas» a las que se alude en la recensión. Creo que es obvio que nuestra profesión ha cambiado con internet más de lo que somos capaces de reconocer, y está en aras de cambiar aún más con la llegada de las inteligencias artificiales generativas; cualquiera que haya corregido Trabajos de fin de Grado o Master sabe de lo que hablo, pero lo mismo vale para la elaboración de escritos procesales, sentencias o cualquier otro texto jurídico, trufados como están por «cortas y pegadas», frases estandarizadas y lenguajes «sin alma». De nuevo, aquí el objetivo de la obra era sólo describir cómo el modelo humboldtiano de Universidad y de producción académica está siendo transformado de arriba abajo por una nueva cultura, dominada por las lógicas de «utilidad» y «rendimiento», y marcada a su vez por la hiperexpansiva oferta digital de materiales, interpretaciones, enfoques y, ahora también con la IA, estrategias de automatización del trabajo intelectual. Son muchas las cosas que podríamos discutir en relación a estos cambios y la postura que deberíamos adoptar al respecto; yo de momento albergo más dudas que certezas, y también algunos miedos. Quizás, como sugiere el Prof. SÁNCHEZ-OSTIZ, una forma de resistencia crítica frente al proceso de tecnificación que hay en marcha tenga que ver con redescubrir lo propiamente humano del quehacer jurídico: en el campo de la investigación, creo que eso pasa por premiar la calidad y la originalidad sobre la cantidad y la estandarización; y en el campo de la docencia el único horizonte que me parece prometedor es un cierto regreso a la oralidad como forma de aprendizaje y evaluación, unido a una dieta tecnológica más estricta en las aulas (y más allá de ellas). Aunque todo ello requiera, de nuevo, un cambio cultural más profundo, creo que los juristas debemos contribuir a ello en nuestro propio terreno, o al menos intentarlo.

En fin, se trata sólo de unas vagas ideas que van más allá del libro, en parte porque exceden su propósito, y en parte también mi ámbito de competencia y certezas. Sea como fuere, agradezco sinceramente al Prof. Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ la oportunidad de transmitir las aquí como respuesta

a sus reflexiones tras la lectura del libro, con el deseo de continuar la discusión en un futuro que, como él mismo sugiere, no está todavía escrito.